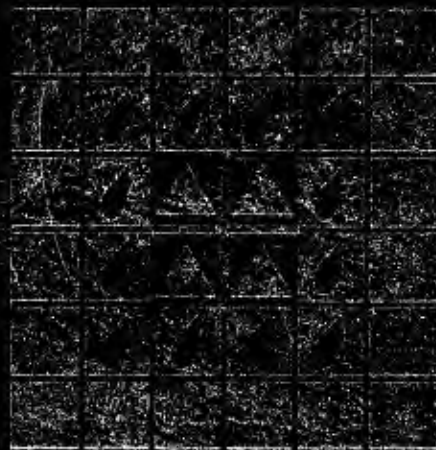


الحماية الدستورية للحقوق والحريات

الشيخ محمد بن عبد الله بن عبد الوهاب
الشيخ محمد بن عبد الله بن عبد الوهاب
الشيخ محمد بن عبد الله بن عبد الوهاب
الشيخ محمد بن عبد الله بن عبد الوهاب



محمد بن عبد الله بن عبد الوهاب

الحماية الدستورية للحقوق والحريات

الحماية الدستورية للحقوق والحريات

الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

الطبعة الثانية ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

مزيدة ومنقحة

جميع حقوق الطبع محفوظة

© دارالشروق

القاهرة: ٨ شارع سيويه المصري

- رابعة العدوية - مدينة نصر

ص.ب : ٣٣ البانوراما

تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩

فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)

بيروت: ص.ب : ٨٠٦٤

هاتف : ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٢١٣

فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٩٦١)

الدكتور أحمد فتحي سرور

الحماية الدستورية للحقوق والحريات

- الشرعية الدستورية للحقوق والحريات.
- الرقابة على دستورية القوانين.
- الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في قانون العقوبات.
- الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في قانون الإجراءات الجنائية.

٢٠٠٠

دار الشروق

مقدمة

١- موضوع الدراسة

نصت المادة ٦٤ من الدستور المصرى (١٩٧١) على أن «سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة». وأكدت المادة ٦٥ من الدستور هذا المعنى فى نصها على أن تخضع الدولة للقانون. وأوردت وثيقة إعلان الدستور أن سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد فحسب، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت.

وواقع الأمر، أن سيادة القانون تستمد من سيادة الدستور، فهو الذى يضع الأسس التى يقوم عليها القانون فى كل فروع؛ فيسمو عليها بحكم مكانته، وتخضع له جميع قواعده القانونية بحكم وحدة النظام القانونى الذى يعلوه الدستور. وبهذه العلاقة العضوية بين الدستور والقانون، تتدرج القواعد القانونية من حيث المرتبة؛ فيتخذ منها الدستور وضعه الأسمى. إلا أن هذا الوضع المتميز للدستور لا ينفى أن المبادئ والقيم التى يحميها، لها جذورها التى تسبق وجوده والتى تتفاعل فى ضمير الأمة، بل والتى تسود فى ضمير الشعوب. كما أن هذه المبادئ والقيم قد تكون نتاجا لتفاعل القيم الاجتماعية، وانعكاسا لثقافة الإيمان بالحقوق والحريات، مما يجعلها أحد المصادر المشعة التى يأخذ بها الدستور لكى يحافظ عليها ويشملها بالحماية والاحترام بحكم وضعه الأسمى فى النظام القانونى.

إلا أن ذلك لا يعنى أن الدستور حين توضع نصوصه سوف يغطى مسبقا جميع المبادئ التى تحكم التطور السياسى والاجتماعى والاقتصادى، ذلك أنه لا يمكن التنبؤ بها سلفا. فما الذى يضمن استمرار فاعلية القواعد الدستورية وحيويتها فى التأثير على سائر فروع القانون؟! وهل تعتبر الوثيقة الدستورية انعكاسا للحاضر وتسجيلا لتطور نهائى فى الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية؟! وهل هى مجرد توثيق لمرحلة تاريخية؟! وما الذى يعطى للدستور فاعليته فلا يتحول إلى مجرد برنامج سياسى لسلطات الدولة؟

إن الدستور يكفل حماية الحقوق والحريات ويحفظ كيانه في هيئة كتلة دستورية تعالج أكثر من مجرد تنظيم سير سلطات الدولة وعلاقتها ببعضها . ومن خلال الكتلة الدستورية للحقوق والحريات يمارس الدستور تأثيره الفعال على سائر فروع القانون فلا يجوز لها أن تحيد عن مضمون الحقوق والحريات التى حددها الدستور، أو تلمس معالمها أو تقلل من فاعليتها أو تعوق حركتها؛ بل يجب عليها أن تكفلها وتنظم ممارستها فتضع حدودها وتوفر جميع الضمانات لاحترامها . ومن هنا، كان التأثير البالغ للكتلة الدستورية للحقوق والحريات فى توحيد النظام القانونى . وفى هذا المجال تنشأ الحاجة إلى التوازن بين الحقوق والحريات فيما بينهما من جهة ومع المصلحة العامة من جهة أخرى . فهذا التوازن يحقق التلاحم والتجانس بين الحقوق والحريات ، والواجبات العامة ، تأكيداً للمعنى بالغ الأهمية هو تكامل الحقوق والحريات وعدم تنافرها مع المصلحة العامة حرصاً على تمتع الجميع بمضمونها وتمكيناً للدولة من فرض حمايتها لها .

ولما كانت سيادة القانون هى أساس الحكم فى الدولة؛ فإنه يتعين وضع كل المقومات التى تكفل وحدة النظام القانونى ، بل وتطوره حتى يعبر عن ضمير المجتمع واحتياجاته وقيمه فى نظرة تقدمية تعكس آمال الشعب وتكفل استمرار حركته ونموه . ولما كانت الحقوق والحريات فى النظام القانونى تأخذ موقع الصدارة، بل تعتبر محورا لكل نشاط قانونى، باعتبار أن وظيفة القانون على اختلاف فروعه فى نهاية الأمر هى فى ضمان إشباع حقوق الأفراد وحرياتهم وفى تنظيم العلاقة بين الحقوق فى توازن وتجانس كاملين ، وكانت من أهم وظائف الدستور وأهدافه هى حماية الحقوق والحريات؛ فإن الكتلة الدستورية التى تتضمن هذه الحقوق والحريات تشع بتأثيرها على سائر فروع القانون فيبشر المشرع سلطته داخل الإطار الذى يرسمه الدستور لهذه الحقوق . فكيف يمكن التعبير عن الحماية الدستورية للحقوق والحريات حتى تدوى المعانى التى تقف وراء هذا التعبير داخل الممارسات؛ التشريعية والقضائية والتنفيذية؟ وكيف يمكن ضمان هذه الحماية من خلال دستور تتطور معانيه وتنطلق إلى الآفاق الرحبة، فتتقدم دون أن يشدها إلى الوراء واقع تاريخى عاصر وضع نصوصه؟

لاشك أن نطاق تأثير الحماية الدستورية للحقوق والحريات على المشرع تتحقق بصورة تختلف بقدر اختلاف فروع القانون . ويتعين لفاعلية سيادة الدستور أن نتحقق من تطبيق القواعد الدستورية على سائر القواعد القانونية الأقل مرتبة . فما مدى تأثير

القانون الإداري، والقانون المالي والضريبي، والقانون الاجتماعي، وقانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية، وغير ذلك من فروع القانون بهذه الحماية الدستورية؟ إن هناك وحدة بين وجود دعائم دستورية للقانون بجميع فروعها، وبين جعل القانون دستورياً "constitutionalisation". فالقانون لا يكون دستورياً إلا إذا بنى على دعائمه التي حددها الدستور^(١). وإذا كانت الحماية الدستورية للحقوق والحريات تمثل أهم الدعائم الدستورية للقانون بجميع فروعها حين ينظم العلاقة بين أفراد المجتمع ويوازن بين هذه الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة؛ فإن تحديد الحماية الدستورية للحقوق والحريات يمثل مشكلة حاکمة في جميع فروع القانون. ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين هي الضمان لقيام القانون على أسس دستورية، فإنه يكون واضحاً مدى التلازم بين حقيقتين؛ أولاهما: أن تحديد الحماية الدستورية للحقوق والحريات مشكلة حاکمة في جميع فروع القانون. وثانيتهما: أن الرقابة على دستورية القوانين هي ضمان أكيد لهذه الحماية، بل هي ركن ركين في الدولة القانونية. ومن خلال هذه الرقابة يمكن ضمان تطور مفاهيم القانون رغم ثبات الدستور وعدم تعديله، وذلك بالنظر إلى أن القضاء الدستوري — كما سنبين فيما بعد — يعتمد إلى تفسير الدستور لإشباع الحاجات المتطورة للمجتمع وعدم الوقوف عند المراد بنصوصه عند وضعها^(٢).

وعلى الرغم من أن الحماية الدستورية للحقوق والحريات تظل على جميع فروع القانون؛ إلا أن القانون الجنائي من أكثر فروع القانون تأثراً بمبادئ هذه الحماية. فهذا القانون يضع الجرائم والعقوبات بما تحمله من سطوة الأمر والنهي والإيلاء بالعقاب، ويضع الإجراءات الجنائية التي من شأنها المساس بالحريات. ولابد من وضع الأسس الدستورية لهذا القانون كنموذج للتشريعات التي يجب أن تتطابق مع الأسس التي يحددها الدستور.

ساهمت كل هذه التساؤلات بما تحمله من أفكار في صياغة أبعاد موضوع البحث في هذا الكتاب.

(١) لا شك أن العناية بربط القانون بالدستور تفرض واجبات جديدة على العلم الدستوري من حيث تعميق مفاهيم القيم والمعطيات الدستورية التي تعالجها سائر فروع القانون. وعلى هذا النحو يمكن لرجال القانون الدستوري إيضاح معالم هذا القانون في منهج يعين سائر القوانين، وعدم الانتصار على بحث ما يتعلق بتنظيم الدولة وأعمال سلطاتها، بل على العكس من ذلك تقديم الدعم لكافة المجالات ضماناً لوحدة النظام القانوني.

(٢) انظر فيما بعد بند ٤٥.

٢- تطور المشكلة في مصر

وقد تطورت المشكلة في مصر تطوراً بالغاً. فقد كانت الشريعة الإسلامية تطبق في مصر منذ الفتح الإسلامي (سنة ١٨ هـ - ٦٤٠ م). وكان القضاء في مصر متعدد المذاهب، وكل قاض يحكم وفقاً لأحكام مذهبه، مما أدى إلى الفوضى في الأحكام والمعاملات. وظل تعدد مذاهب القضاة في مصر إلى أن تخصص القضاء بمذهب أبي حنيفة في عهد محمد علي باشا. واتسم النظام القضائي بحالة من التأخر بسبب عدم دراية القضاة بالقوانين، وعدم مراعاة العدالة، وعدم توفير ضمانات للحقوق، وانتشار الفساد. وبدأ التنظيم التشريعي والقضائي في مصر منذ سنة ١٨٧٥ بإنشاء المحاكم المختلطة ووضع القوانين التي تم تطبيقها. وكان هذا التنظيم مدخلاً للتشريعات الأجنبية في مصر، أدى إلى التأثير في التشريعات المصرية. وتجلّى ذلك بشكل خاص في القانون المدني الصادر عام ١٨٨٣ نقلاً عن القانون المدني الفرنسي، وقانون العقوبات الأهملي عام ١٨٨٣ نقلاً عن قانون العقوبات الفرنسي. إلا أن القضاء المصري في كلا القانونين استطاع أن يثبت شخصيته وذاتيته، فقام بدور رفيع في تطوير أحكام القانون في مختلف الموضوعات أدى إلى خصيلة بالغة الأهمية، استطاع بها المشرع في مراحل لاحقة أن يستفيد منها في وضع النصوص التشريعية.

ولم يكن للحقوق والحريات تنظيم شامل كامل، إلى أن جاء دستور ١٩٢٣ فتضمن باباً مستقلاً لهذه الحقوق والحريات، فكان بذلك أول دستور مصري يولى هذا الموضوع أهمية وعناية.

وبمناسبة إلغاء الامتيازات الأجنبية اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ استردت مصر سلطتها التشريعية كاملة، لذلك رأى وضع قانون جديد للعقوبات ليطبق على المواطنين والأجانب سواء بسواء، فصدر قانون العقوبات الحالي وهو القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعمول به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ كما رأى وضع قانون جديد للإجراءات الجنائية، فصدر القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ ورؤى وضع قانون مدني جديد، فصدر القانون المدني الجديد سنة ١٩٤٨ على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، أي من اليوم الذي توحد فيه القضاء المصري بزوال النظام المختلط.

وإعلاء لسيادة القانون وعملا على توحيد كلمته في مجال التطبيق القضائي أنشئت محكمة النقض في ٣ مايو سنة ١٩٣١ بعد أن كانت وظيفتها من قبل تباشرها المحاكم الاستئنافية هيئة جمعية عمومية ، مقصورة على المسائل الجنائية ، ثم أسند هذا الاختصاص إلى محكمة استئناف مصر لتنظر الطعن بالنقض بهيئة محكمة نقض وإبرام في مواد الجنايات . وعملت محكمة النقض على توحيد تأويل وتطبيق مبادئ القانون ، وكان لاجتهادها أثر فعال في احترام الحقوق و الحريات وتوجيه المشرع نحو إجراء عديد من التعديلات في القوانين .

ولما كان دستور ١٩٢٣ حين بين حقوق المصريين وحررياتهم ، قد ترك للقانون وضع الضوابط التي تمارس في إطارها هذه الحقوق والحريات ، فقد لوحظ أن الإدارة في أعمالها كثيرا ما تهدر هذه الحريات بقرارات إدارية صادرة عنها . ومع إنشاء مجلس الدولة في عام ١٩٤٦ ، منح حق الرقابة على أعمال الإدارة إلغاء وتعويضاً . وكان إنشاء هذا المجلس نقطة تحول خطيرة في احترام الحقوق والحريات ، لأنه كان إيذاناً بأن تتخلى السلطة التنفيذية عن مواقف التحكم والبطش بحقوق المواطنين ، لأن الرقابة القضائية على أعمالها سوف تكفل إلغاء قراراتها . وسنحت الفرصة لهذا المجلس في أن يرسى العديد من المبادئ التي تكفل حماية الحقوق والحريات ووضع معايير دقيقة للتوازن بينها وبين المصلحة العامة .

وإذ جاءت ثورة ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ وألغت دستور سنة ١٩٢٣ عرفت البلاد عددا من إعلانات الدساتير المؤقتة . ولقد اختار الدستور المصرى المعلن في ١٦ يناير سنة ١٩٥٦ ودستور مارس سنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة تسمية جديدة هي «الحقوق والواجبات العامة» إيماء إلى ما تتضمنه هذه الحقوق من التزامات على عاتق الدولة تجاه الأفراد ومن واجبات على الأفراد تجاه المجتمع . وجاء دستور سنة ١٩٧١ ، ونص في بابه الثالث على الحريات والحقوق والواجبات العامة ، ولكنه في ذات الوقت حدد في الباب الثانى الذى يحمل عنوان (المقومات الأساسية للمجتمع) عدداً من الحقوق الاجتماعية والاقتصادية . كما نص في ذات الوقت في الباب الرابع على سيادة القانون متضمنا عددا آخر من الحقوق والحريات . وهكذا نجد أن دستور ١٩٧١ قد خصص للحقوق والحريات ثلاثة أبواب هى الثانى والثالث والرابع من أبوابه الستة التى صدر عليها سنة ١٩٧١ قبل تعديله سنة ١٩٨٠ ، مما يعنى أن نصف عدد أبواب

الدستور قبل تعديله قد خصصت لحماية الحقوق والحريات . وبقدر إعطاء هذه الأهمية الدستورية للحقوق والحريات ، كان لابد للدستور أن يوفر ضمانا لحماية هذه الأهمية ، فكفل في الفصل الخامس من الباب الخامس تحت عنوان المحكمة الدستورية العليا الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح . إلا أنه لابد أن نسجل أن القضاء العادى قبل دستور سنة ١٩٧١ كان من تلقاء نفسه قد استشعر الحرج من تطبيق تشريعات مخالفة للدستور؛ فاستقر قضاؤه على الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور . ولكن رقابة الامتناع هذه لم تكن كافية لتطوير المبادئ الدستورية وتأكيدا ، فحرص المشرع على هذا المعنى بإصدار القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا وخصها بالرقابة على دستورية القوانين . ولم يكن لهذه المحكمة أساس دستورى ، فهي من خلق المشرع وحده رغم أن أحكامها تمس العلاقة بين السلطات مما يجب أن ينظمه الدستور فلم يكن كيانها يتمتع بالقيمة الدستورية ؛ إلى أن جاء دستور ١٩٧١ فأضفى عليها هذه القيمة الدستورية بالنص في المادة ١٩٢ من هذا الدستور على أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها ، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا . وجاء المشرع فامتثل لحكم الدستور وأصدر قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

وهنا تكتمل حلقات تطور المشكلة في مصر؛ فمن خلال قضاء دستورى متخصص يكفل الرقابة على الدستورية تكون الحقوق والحريات في وضع أكثر أمنا . وبهذا القضاء الدستورى يمكن ضبط القواعد الدستورية بما يكفل تطوير معانيها ومراميها لكي تسير التطور بل تقوده ، فيتعاظم دور القضاء الدستورى فلا يقف عند مجرد توثيق النصوص الدستورية ، بل يتولى تفسيرها بما يمدّها بروح الحياة المتجددة المتطورة . وعلى هذا النحو ، أمكن للدستور من خلال إنشاء المحكمة الدستورية العليا أن يحمى نفسه بنفسه فيكفل ضمانات حمايته واستمراره . فمن خلال هذا القضاء تأخذ القاعدة الدستورية معناها اليقيني الذى يتفق مع مقاصد الدستور ومراميه المتطورة ، ويحافظ على الأمن القانونى ويرعى النظام الدستورى بأسره . وقد لوحظ بحق أن القضاء الدستورى كان له فضل كبير في تطوير القانون الدستورى ، وتجديد وتفعيل مبادئ القانون الدولى لحقوق الإنسان . ومن خلال هذا القضاء تكشفت أدق معانى القانون الدستورى ، فوجدت من يحرك نصوصه ويكفل فاعليتها حتى لا تقف عند التقرير أو

الإرشاد أو التوصية . ومن خلال الرقابة على دستورية القوانين أمكن اقتحام جميع قطاعات القانون وتطوير كثير من مبادئه لكي تتمشى مع الأسس الدستورية ؛ فيقوى ببيان النظام القانوني بأسره وتؤكد وحدته . وعلى هذا الأساس أمكن للدستور ١٩٧١ من خلال المحكمة الدستورية العليا أن يحرس عالمنا السياسى والاجتماعى والاقتصادى فيحول دون تجمده أو انتشار الفوضى بداخله ، وأن يحرس الحقوق والحريات بل ويطورها ويجدها من بين ثنايا مواد الدستور ، وأن يجعل من احترام الدستور واجبا مقدسا يقع على عاتق كل من سلطات الدولة سواء بسواء .

٣- إطار الدراسة

استظهرنا فيما تقدم أن موضوع الحماية الدستورية للحقوق والحريات يمس مجموع فروع القانون . فهذه الحقوق والحريات وإن ارتكزت على إعلانات حقوق الإنسان أو دعمت بها من الناحية الفلسفية أو التاريخية ؛ فإنه لا جدوى من البحث حول ما إذا كانت هذه الحقوق طبيعية أم من خلق المشرع الدستورى ؛ لأنه أيا كانت طبيعتها فإن قيمتها القانونية ترتكز على إرادة المشرع الدستورى . فإذا كانت هذه الحقوق موجودة من قبل ، فإن إدراكها كان من خلال العقل ، لا من خلال إرادة المشرع الدستورى التى تعبر عن اختياره السياسى لا عن مجرد الإفصاح عن مكنون العقل .

وإذا كان القانون بحكم كونه وليد المجتمع يتطور وينمو بتطوره ونموه ؛ فإن خضوعه للدعائم الدستورية التى حددت الحقوق والحريات لا يقف حائلا دون هذا التطور والنمو ؛ لأن تلك الحقوق والحريات لا تقف جامدة فى وجه التطور ، بل تتطور مجالاتها وتتغير بذلك أبعاد العلاقة بين أطرافها سواء تمثلت فى الدولة أو فى الأفراد .

وقد سادت عبارة (الحقوق والحريات العامة) كتب الفقه الدستورى وأصبح استعمالها شائعا فى بعض الدساتير ، إشارة إلى أن هذه الحقوق والحريات وقد أقرها الدستور أو القانون ، يتمتع بها جميع الأفراد فى مواجهة السلطة . وفى إطار الحقوق والحريات ظهرت الحقوق الأساسية إشارة إلى حقوق الإنسان التى إذا ما تمتعت بالحماية الدستورية أصبحت حقوقا أساسية "Droits fondamentaux" بحكم الدستور لا بحكم القانون الطبيعى . وقد استخدمت بعض الدساتير صراحة هذا الاصطلاح ،

وبوجه خاص الدستور الألماني (١٩٤٩). ومع ذلك فيلاحظ أن فرنسا صاحبة إعلان حقوق الإنسان والمواطن، لم تلجأ صراحة إلى هذا التعبير فخلا دستورها من هذه التسمية، وإن كان الفقه الفرنسي قد عرفها واستخدمها. كما عرفتها كذلك بعض التشريعات الداخلية والوثائق الدولية. إلا أن هذه التسمية لم تقف قيда على تحديد مجال دراستنا، لأن إرادة المشرع الدستوري هي التي تحدد الحقوق والحريات التي تنال حماية الدستور. ويكفل القضاء الدستوري استخلاص إرادة المشرع الدستوري في المزيد من الحقوق والحريات من وراء بعض النصوص الدستورية، في ضوء اعتبارات التطور والتقدم. ولا يوجد أدنى نوع من التدرج في إطار الدستور بين ما يطلق عليه اسم الحقوق الأساسية وغيرها من الحقوق، فكلها من واد واحد هو إرادة المشرع الدستوري. ويلتزم المشرع العادي بضمان جميع الحقوق والحريات سواء ما أطلق عليها أساسية أو غيرها، فكلها حقوق وحريات ذات قيمة دستورية.

من هذا المنطلق يتحدد موضوع الدراسة، تأسيساً على أن الدولة القانونية التي تعلق فيها سيادة القانون بحكم ديمقراطية نظام الحكم لابد أن تعطى للحقوق والحريات كل حماية دستورية حتى يستظل بها المشرع العادي في سائر فروع القانون. ويتطلب الأمر إلقاء الضوء على كافة الأبعاد التي تحيط بهذا الالتزام الدستوري سواء من حيث تحديد معنى الديمقراطية أو مفهوم سيادة القانون، أو تحديد مفهوم حقوق الإنسان كمصدر فلسفي للحقوق والحريات وما طرأ عليه من تطور ظهر في أجيال متعاقبة. ولا يقتصر الأمر عند هذا البحث، لأن الحماية الدستورية للحقوق والحريات ليست مجرد حماية أيديولوجية أو فلسفية، وإنما هي حماية قانونية في أسمى صورها يتقيد بها المشرع في جميع فروع القانون. ويتطلب تحديد أبعاد هذا التقيد إيضاح التوازن بين الحقوق والحريات سواء فيما بينها أو بين المصلحة العامة. فبدون هذا التوازن يفقد الدستور وحدته وتكامل قواعده، فتتحول الحماية الدستورية إلى غطاء شكلي للصراع بين الحقوق والحريات من ناحية، وبينها وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى؛ الأمر الذي يجرّد الحماية من معناها ويؤدي إلى أن تفقد الحقوق والحريات محتواها.

ولإيماننا بأن الحماية الدستورية للحقوق والحريات لا تقف عند حد النص عليها في الدستور، وإنما تتعداه بكفالة رقابة دستورية تضمن التزام المشرع بهذه النصوص وتكفل إيضاح القواعد الدستورية وتجديدها وتطويرها والمحافظة على الأمن القانوني؛ كان

لابد من التصدى لهذه الرقابة بالبحث والتأصيل في دراسة شاملة واعية، إيانا بدورها النفاذ في احترام الدستور وضمان استمرار حيويته . ومن خلال هذه الدراسة عرضنا لمختلف أشكال الرقابة الدستورية وسلطة القضاء الدستوري ومدى حجية أحكامه . وبينّا كيف أنه من خلال الرقابة الدستورية أمكن تحقيق أمرين : الأول هو خضوع القانون للدستور، والثاني هو خضوع الحياة السياسية متمثلة في أعمال السلطين التشريعية والتنفيذية لرقابة القضاء ، بل وأعمال السلطة القضائية في حدود معينة وفقا لبعض أشكال الرقابة الدستورية .

وفي ضوء ذلك كله تصدينا لدراسة الدعائم الدستورية لقانون يلعب دورا مهما في حياة الأفراد، ذلك هو القانون الجنائي بفرعيه ؛ قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية . نعم ، كان لتخصصنا الدقيق دور كبير في هذا الاختيار إلا أنه لا يجوز أن نغفل أن اهتمامنا بالحماية الدستورية للحقوق والحريات قد تزايد منذ كنت مقرا للجنة الحقوق والحريات المتفرعة عن اللجنة التحضيرية لوضع دستور ١٩٧١ والتي اختصت بموضوعات البابين الثاني والثالث من هذا الدستور، وتدعم هذا الاهتمام منذ شرفت برئاسة مجلس الشعب في ديسمبر ١٩٩٠ ، وذلك باعتبار أن الهدف من النشاط البرلماني في مجمله - الذي يغطي جميع أنواع الحقوق ، من مدنية وسياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية - هو ضمان حقوق الإنسان والحريات «الأساسية» وهو ما أكدته المؤتمر البرلماني الدولي الثاني والتسعون المنعقد في كوبنهاجن في سبتمبر سنة ١٩٩٤ .

وقد آمنا بأن الدعائم التي يعتمد عليها القانون الجنائي في حماية الحقوق والحريات يشترك في معظمها مع غيره من فروع القانون . ويبدو ذلك بوضوح في مبدأ الشرعية في قانون العقوبات ، وتأسيسه من الناحية القانونية على انفراد المشرع وحده بتنظيم الحقوق والحريات ؛ وفكرة الضرورة الاجتماعية والتناسب كأساس للتجريم والعقاب جنبا إلى جنب مع ضمانات الحقوق والحريات عند التجريم والعقاب والتي تكشف بوضوح إلى أى مدى لا يمكن المساس بمضمون الحقوق وجوهرها مهما طالت يد المشرع بالتجريم والعقاب . ويبدو هذا المعنى أكثر وضوحا في قانون الإجراءات الجنائية ، حيث يتجلى الأصل في المتهم البراءة فينعكس بضماناته على سائر القواعد الإجرائية ، ويتأكد بأهمية الضمان القضائي وحياد القضاء واستقلاله وقيامه على فكرة القاضي الطبيعي وضمان

المساواة أمام القضاء . ثم تبدو فكرة التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في ضمانات المحاكمة المنصفة لكى تقدم نموذجا لما يجب أن يكون عليه التنظيم القانونى للمحافظة على كل من الحقوق والحريات والمصلحة العامة ، وألا يتحقق انحياز لأحدهما لصالح الآخر. فتشهد هذه المحاكمة نموذجا للتوازن بين عدد من القيم الدستورية لكى تؤكد وحدة الدستور وتكامله .

٤- منهجية الدراسة

تؤثر الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى جميع فروع القانون ؛ فهى مركز الثقل فى الدعائم الدستورية للقانون . وترتبط كل الارتباط بالدولة القانونية (حيث يعلو مبدأ سيادة القانون) والديمقراطية وحقوق الإنسان . وتعتبر الرقابة الدستورية معيارا للدولة القانونية ، فيها تتأكد سيادة الدستور. وبحث هذا الموضوع الحاكم الهام يقتضى منهجية خاصة تعالج المركز القانونى لحماية الحقوق والحريات فى بناء يقوم على كل من الدولة القانونية والديمقراطية واحترام حقوق الإنسان ، وتحدد مجالات ممارسة هذه الحقوق والحريات من خلال التوازن فيما بينها من ناحية ، ومع المصلحة العامة من ناحية أخرى . وتتأكد هذه الحماية بالرقابة الدستورية كركن ركين فى الدولة القانونية . وفى ضوء ذلك كله نبحت انعكاس الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى المواد الجنائية .

وفى ضوء هذه المنهجية رأينا أن نقسم دراستنا إلى جزأين :

الجزء الأول فى الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات فلا نقف فى بحث هذه الحماية عند حق أو حرية معينة ؛ وإنما نقدم بحثا حول دعائم هذه الحماية وأبعادها الدستورية والدولية ، وحدودها من حيث التوازن بينها وبين غيرها من الحقوق والحريات والمصلحة العامة ، ثم نعرض للرقابة على دستورية القوانين بوصفها ضمانا للحماية الدستورية للحقوق والحريات .

وفى ضوء ذلك ينقسم هذا الجزء إلى قسمين : قسم أول فى الشرعية الدستورية للحقوق والحريات . وقسم ثان فى الرقابة على احترام الشرعية الدستورية كضمان للحقوق والحريات .

ونلجأ في هذه الدراسة إلى منهج التأصيل والتحليل مع الاستعانة بالقانون المقارن وإيضاح معالم الدستور والقانون المصرى في هذا الشأن .

وفي الجزء الثانى من هذا المؤلف نعرض تطبيقات الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى المسائل الجنائية ، فنبين الدعائم الدستورية للقانون الجنائى من حيث الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى .

وإذا كان البعض يحاول تقسيم القانون الدستورى وفق موضوعاته ، فإن الجزء الثانى حسب هذا المنطق يخصص للقانون الدستورى الجنائى بجناحيه العقابى والإجرائى . وهى فرصة سانحة لكى نوضح أثر الدستورية فى مجموعها وتقييم درجة خضوع قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية لقواعد الدستور . وفى هذه الدراسة ، يتجلى كيف أن الحماية الدستورية للحقوق والحريات تعكس تأثيرها فى القانون الجنائى بما يفوق تأثيرها فى غيره من فروع القانون . ولا غرو ، ففى القانون الجنائى تتهدد الحقوق والحريات بالأخطار؛ سواء كانت هى حقوق المجنى عليه أو حقوق المتهم ، مما يتطلب التدخل لحمايتها واحترامها وفق القواعد التى أرساها الدستور . وقد عنينا ببحث تطبيقات الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى قانون العقوبات فى قسم أول ، ثم أفردنا قسماً ثانياً لهذه الحماية فى قانون الإجراءات الجنائية .

وفى ضوء ما تقدم ، ينقسم هذا الجزء إلى باب تمهيدى حول علاقة القانون الجنائى بالحقوق والحريات ؛ وقسمين : القسم الأول فى الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى قانون العقوبات . والقسم الثانى فى الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى قانون الإجراءات الجنائية .

وتكشف هذه الدراسة كيف أن القانون الجنائى بفرعيه هو أكثر فروع القانون اتصالاً بجوهر القانون الدستورى ، وأعنى حماية الحقوق والحريات .

إننا نهدف من دراستنا إلى إعلاء سيادة القانون القائمة على سيادة الدستور ، وإيضاح معالم الطريق نحو حمايتها واحترامها .

الجزء الأول

الأسس العامة للحماية الدستورية
للحقوق والحريات

تمهيد

تبدو الحاجة ملحة لتحديد الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ضوء مبدأ سيادة القانون الذي تقوم عليه الدولة القانونية، وارتباطه بمفهوم الديمقراطية. فهذه الحماية تتبلور الدعائم الدستورية لجميع فروع القانون. ويتحدد هذا المركز القانوني في ضوء الشرعية الدستورية التي يرسبها الدستور. وهو ما يتطلب توضيح معيار إضفاء هذه الشرعية الدستورية على حماية الحقوق والحريات. ويتطرق البحث في هذا النطاق إلى تحديد التوازن بين الحقوق والحريات مع غيرها من القيم الدستورية، سواء تمثلت في الحقوق والحريات أو في المصلحة العامة. ثم يمتد البحث إلى ضمان فاعلية الحماية الدستورية للحقوق والحريات والمتمثل في الرقابة على دستورية القوانين. وهكذا فإن الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات تقوم على محورين، (أولهما): الشرعية الدستورية للحقوق والحريات، و(ثانيهما): الرقابة على احترام الشرعية الدستورية كضمان للحقوق والحريات.

وعلى هذا النحو، تقدم الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات، المعطيات الدستورية للقانون في جميع فروعه.

القسم الأول

الشرعية الدستورية

للحقوق والحريات

الباب الأول

سيادة القانون والديمقراطية

٥- سيادة القانون

يحكم المجتمع المعاصر مبدأ سيادة القانون^(١)، أيًا كان مصدره وأيا كان مستواه في النظام القانوني. ومقتضى هذا المبدأ التزام جميع أعضاء المجتمع وسلطات الدولة على السواء باحترام القانون كأساس لمشروعية الأعمال^(٢). إلا أن سيادة القانون لا تعنى فقط مجرد الالتزام باحترام أحكامه، بل تعنى سمو القانون وارتفاعه على الدولة؛ وهو ما يتطلب أن تبدو هذه السيادة في مضمون القانون لا في مجرد الالتزام بأحكامه. ومن حيث المضمون يجب أن يكفل القانون الحقوق والحريات للأفراد. فهذا المضمون هو أساس سيادة القانون. فإذا يكون الحال لو كان القانون غير عادل أو غير إنساني؟ إن هذا المضمون لن يكون في هذه الحالة غير مجرد عزاء تافه لضحايا القانون^(٣). وفي هذه

(١) وقد اصطلح على تسمية المبدأ في إنجلترا باسم: (Principle of Rule of Law) أى مبدأ حكم القانون. كما يطلق عليه في الولايات المتحدة الأمريكية اسم: (The Principle of limited government) أى مبدأ الحكومة المقيدة. وأحياناً يطلق عليه تعبير (حكومة قانون لا حكومة أشخاص) (A government of laws not of men). كما يطلق عليه في مصر وفرنسا (مبدأ سيادة القانون) (Préeminence du droit).

وقد عنى الدستور المصرى بالنص على أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة (المادة ٦٤).

(٢) وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن ذلك في قولها بأن (الدولة القانونية هي التي تتقيد في جميع مظاهر نشاطها - وأيا كانت سلطاتها - بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشغالها المختلفة، ذلك أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها)، (المحكمة الدستورية العليا في ٤ يناير ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ سنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـه (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩).

(٣) Normans Marsh; Commission internationale des juristes, le principe de la legalité dans une société libre (Rapport sur les travaux du congrès international des juristes tenu à New Delhi, Janvier 1959, p. 62).

الحالة يصبح القانون عديم الفاعلية إذا لم يحقق أدنى أمن حقيقى لأعضاء المجتمع ، أو لم يكفل أى قيد على سلطات الدولة . فلا بد من وجود صمام أمن يكفل إعطاء المضمون الفعال للقانون حتى تكون له السيادة .

فالقانون ليس مجرد أداة لعمل الدولة ، ولكنه أيضا الضمان الذى يكفل حقوق الأفراد فى مواجهة الدولة .

ويقصد بالقانون فى هذا المجال كل قاعدة قانونية وفقا لتدرجها فى النظام القانونى للدولة . فالدستور بوصفه القانون الأسمى له السيادة وتلتزم به جميع سلطات الدولة والأفراد . فالسلطة التشريعية تلتزم بالدستور فيما تصدره من تشريعات ، والسلطة التنفيذية تلتزم بكل من الدستور والتشريع فيما تصدره من لوائح ، وجميع أفراد المجتمع مخاطبون باحترام القانون أيا كان مصدره ومستواه فى النظام القانونى .

والواقع أنه فى الدولة القانونية يسمو القانون على الدولة ، فتلتزم بضمان الحقوق والحريات للأفراد فى مواجهة سلطاتها ، ولا يقتصر دور القانون على تنظيم سلطات الدولة أو تحديد إطار أعمالها . وبهذا تتحقق سيادة القانون فى عنصرين :

(أولهما) : شكلى ، وينبغ من السلطة المختصة بإصداره ، ويتمثل فى التزام المخاطبين بأحكامه سواء كانوا من سلطات الدولة أو أفرادها .

(وثانيهما) : موضوعى ، وهو أن يكفل القانون فى مضمونه احترام الحقوق والحريات للأفراد . وتعتبر هذه الحقوق شرطا أساسيا لممارسة الديمقراطية .

وإذا كان الدستور ينظم علاقة سلطات الدولة فيما بينها ، فإنه فوق كل ذلك يكفل احترام الحقوق والحريات للأفراد فى مواجهة الدولة . فالدستور بهذه المعنى هو أداة فعالة لحماية هذه الحقوق والحريات فى مواجهة الجميع بما فى ذلك السلطة التشريعية^(١) .

والواقع أن الدولة القانونية - التى يحكمها مبدأ سيادة القانون - هى الدولة التى تقبل أن تعمل بواسطة القانون وأن يحكمها القانون ؛ قانون يوفر للأفراد حقوقهم وحرياتهم . وخضوع الدولة للقانون يجب أن يكون مكفولا برقابة قضائية يباشرها قضاء مستقل

(١) P. Combot; La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, Economica, 1998, Préface.

محايد . وقد أكد إعلان دلهي الصادر عن المؤتمر الدولي لرجال القانون والمنعقد في نيودلهي سنة ١٩٥٩ العنصر الموضوعي لسيادة القانون ؛ قائلا بأن الدولة القانونية هي دولة تؤكد المساواة بين المواطنين في التزامهم بقانون ينظم العلاقات الاجتماعية ويحمي القيم والمبادئ الأساسية ويعهد إلى محكمة عليا أو محكمة دستورية متخصصة بالرقابة على تحقيق هذا الهدف^(١) .

ويتفق مبدأ سيادة القانون - في عنصره الموضوعي المتعلق بمضمون القانون - مع ما يتطلبه مبدأ حكم القانون "Rule of Law" في المفهوم البريطاني ، ومبدأ اتباع الوسائل القانونية السليمة "Due process of law" في المفهوم الأمريكي وفقا للتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي سنة ١٨٦٨ . وقد كانت الأفكار الشمولية حول مفهوم القانون قد اتجهت إلى قصره على العنصر الشكلي وحده ، إذ حددت الدولة البوليسية دور القانون بأنه مجرد أداة بواسطته تتصرف الإدارة بمشيئتها المطلقة دون حاجة إلى الخضوع لقواعد أعلى تلتزم باحترامها . إلا أن الدولة القانونية بخلاف الدولة البوليسية لا تجعل القانون مجرد أداة لعملها ، بل تجعله أداة لتقييد سلطاتها لصالح الحقوق والحريات بجميع صورها .

وقد اعتنق النظام القانوني السائد في المملكة المتحدة ، والولايات المتحدة ، وأستراليا ، وكندا تحت اسم الـ «common law»^(٢) ، مبدأ سيادة القانون . ويستمد القانون مصدره من السوابق القضائية ، ومن النصوص التشريعية . وقد تميزت الولايات المتحدة بدستورها الذي أعطى مساحة كبيرة لحماية الحقوق والحريات ، كما تميزت كندا بميثاق الحقوق والحريات الصادر سنة ١٩٨٢ والذي يتمتع بقيمة دستورية .

(١) Commission internationale des juristes, Rapport sur les travaux du congrès international des Juristes, Le Principe de la légalité, New Delhi, 1959, p. 11.

D. Mockle, "L'état de droit et la théorie de la Rule of Law", (1995) 35 Cahiers de droit (Université Laval), pp. 823 - 905.

(٢) رغم وجود دستور إنجليزي مكتوب ، فإن النظام الدستوري الإنجليزي يعتمد على ثلاثة عناصر هي سيادة البرلمان ، وسيادة القانون ، وسيادة الاتفاقيات الدستورية (انظر :

A.V. Dicey, Introduction to the Study of the law of the constitution, 1885.

John A. Manworing, La Common law, L'État de droit et la protection des droits fondamentaux; colloque international, 9 et 30 Septembre 1993, Part - Luis (L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, AUPELFUREF, 1994, pp. 334, 335).

وكان جانب من الفقه الألماني قد تأثر بآراء «كانت» و «هيجل» واتجه إلى أن الدولة هي المصدر الوحيد للقانون (إهرنج)، وأنها وحدها هي التي تستطيع أن تعطي للقواعد القانونية خصيصية الإلزام (جيللنك)، الأمر الذي يترتب عليه أن القانون لا يعلو على الدولة. واتخذت الفاشية والنازية هذا التأصيل عمادا لحركتيهما ومذهبيهما.

وجاءت نظرية الدولة القانونية على يد الفقه الفرنسي تحت تأثير أفكار الثورة الفرنسية لتؤكد فكرة الدولة القانونية القائمة على مبدأ سيادة القانون في عنصره الموضوعي الذي يكفل ضمان الحقوق والحريات في مواجهة الدولة. وقد ذهب البعض (كاريه دي مالبرج)^(١) إلى أن فرنسا لا تطبق نظام الدولة القانونية "Le regime de l'état de droit"، وإنما تطبق نظام الدولة الشرعية "Le system de l'état legal" والذي يختلف عن النظام الأول في أن السلطة التشريعية غير مقيدة بالدستور على أساس أن الدستور لا يعلو على التشريع طالما أن هذا الأخير في مأمن من أي طعن. وقد تأثرت فكرة الدولة الشرعية بهذا المعنى بما قيل من أن البرلمان يملك سلطة شبه لا نهائية "en possession d'une puissance, quasi indefinie" بسبب أن الدستور الفرنسي لم يخضع السلطة التشريعية للسلطة التي أنشأت الدستور، ولم يقيد حركة عمل المشرع، وأن البرلمان يملك في يده سلطة المشرع الدستوري، لأنه وحده يملك فتح إجراءات إعادة النظر فيه، وأن البرلمان ليس مجرد سلطة عليا بل هو بمعنى الكلمة سلطة حاکمة تعبر عن الإرادة العامة للشعب^(٢). إلا أن نظرية الدولة الشرعية لم تصمد للتقد، لأن تدرج القواعد القانونية التي يضعها البرلمان يجعلها في مرتبة أقل من مرتبة القواعد القانونية الدستورية؛ فلا يجوز له أن يخالفها. هذا بالإضافة إلى أنه إذا كان الدستور الفرنسي لم يعرف الرقابة على دستورية القوانين - اكتفاء بالرقابة السابقة على مشروعات القوانين - إلا أن هذه الرقابة عرفت طريقها في معظم أنحاء العالم لكي تؤكد المفهوم المعاصر للدولة القانونية حيث تخضع الدولة بجميع سلطاتها للقانون. وخضوع السلطة التشريعية للقانون يتمثل في خضوعها للدستور. وقد عرف الدستور الفرنسي هذه الرقابة في دستور ١٩٥٨

Carré de Malberg, op. cit., p. 490.

(١)

هذا بالإضافة إلى أن القانون في الدولة الشرعية ليس مجرد قيد على أعمال الإدارة وإنما هو شرط لها، ومن ثم فإن الوظيفة الإدارية تتمثل في مجرد تنفيذ القانون.

Jaques Chevallier; l'Etat de droit, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 31 - 36.

(٢)

Marie - Joëlle Redor, De l'Etat legal a l'Etat de droit, Economica, 1992. وانظر في الموضوع:

بإنشاء المجلس الدستوري الفرنسي الذي اختص بالرقابة السابقة على دستورية التشريعات التي يقرها البرلمان قبل إصدارها من رئيس الجمهورية.

ورغم التسليم بالدولة القانونية بمفهومها الحديث حيث يتأكد العنصر الموضوعي في القانون بالمعنى الذي حددناه آنفاً، إلا أن العلاقة بين الدولة والقانون ظلت محل جدل قانوني بين فقهاء القانون العام؛ فذهب البعض (Duguit) إلى أن القانون الذي تخضع له الدولة ليس من إنشائها وإنما هو من وحي التضامن الاجتماعي (Solidarité Sociale) وقال البعض الآخر (هوريو) إنه ثمرة دستور اجتماعي (Constitution Sociale) سابق عليها. بينما ذهب البعض (كاريه دي مالبرج) إلى أن الدولة لا تتقيد إلا بالقواعد التي أنشأتها بنفسها. وهذا المعنى يتفق مع النظرية الألمانية التي تقول بالتقيد التلقائي (L'auto - limitation) للدولة بالقانون؛ على أساس أن الدولة هي مصدر القانون، وأن العلاقة الأساسية بين القانون والدولة تبدو في اندماج فكرة الجزاء المترتب على مخالفة القانون في تعريف القانون ذاته. وبذلك لا يوجد فوق الدولة الحاكمة أية سلطة قادرة على تقييد الدولة سوى الدولة، فهي مصدر القانون الذي يقيد سلطتها. وبذلك فإن النظام القانوني بأسره هو من عمل الدولة ويعتمد على إرادتها وحدها.

وقد تعرضت هذه النظرية الأخيرة للنقد على قول بأن القاعدة القانونية تنبعث من الشريعة السماوية أو من الطبيعة أو من الإنسان أو من المجتمع، وهي قوى سابقة وسيدة على الدولة. في هذا الاتجاه ذهب جيني^(١) إلى أن القانون لا يستخلص من مجرد القواعد الشكلية أو الفنية التي تنبعث من تدخل الدولة، وإنما توجد خلفها حقيقة قانونية سابقة عليها وأكثر عمقا منها يستخلصها المنطق من طبيعة الأشياء. وقد حاول جيني أن يتعرف على هذه الحقيقة القانونية من القانون الطبيعي اعتمادا على فكرة مجردة عن العدالة. وقال بأن القانون يجب أن يكون منبعثا من الفكرة الطبيعية المجردة للعدالة.

وواقع الأمر، أن القانون ليس إلا تعبيراً عن الإرادة السياسية للدولة يستوحى مضمونها من جميع القيم التي تؤمن بها الجماعة والمصالح التي تحميها.

F. Geny, Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1925.

(١)

انظر في عرض أفكاره

Charles Eisenmann; la justice constitutionnelle l'autriche, Economica, 1986, p. 28- 50.

٦- الديمقراطية

إن نقطة البداية في الديمقراطية هي حق المواطنين في الاشتراك في إدارة شئون المجتمع والحكم، بما يعطيهم الحق في المشاركة في جميع القرارات التي تؤثر في حياتهم^(١). والديمقراطية في جميع معانيها تتطلب تمتع الأفراد بجميع الحقوق والحريات سواء كانت مدنية أو سياسية، أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية^(٢). وبالتالي فهي لا تقتصر على ضمان حق الأفراد في المشاركة في إدارة شئون الحكم وإنما تمتد إلى حريتهم الذاتية في مباشرة أنواع من السلوك في مواجهة السلطة العامة. وهذا التمتع يحتاج إلى قانون يحمي ويضمن هذه الحقوق والحريات على النحو الذي يرسمه الدستور.

ونشير في هذا الصدد إلى أنه في فرنسا كانت حماية الحقوق والحريات تعتمد على التشريع La loi وحده، على أساس أنه يعبر عن الإرادة العامة للشعب. وظل هذا المعنى سائدا منذ الجمهورية الأولى حتى جاء دستور ١٩٥٨ على يد الجنرال ديغول بغرض تقوية السلطة التنفيذية. وقد أنشأ هذا الدستور المجلس الدستوري متوهما أنه

(١) نقيض الديمقراطية وفقا لرأى معظم المفكرين السياسيين منذ بداية القرن العشرين يتمثل في الفاشية والنازية والشيوعية والشمولية والعنصرية.

(٢) Union Interparlementaire, la démocratie: Principes et réalisation, Genève, 1998.

(انظر تقرير David Beetham)

وقد أصبحت الديمقراطية، القائمة على التعددية الحزبية، وتداول السلطة وفقا لانتخابات حرة نزيهة، واحترام الحقوق والحريات «الأساسية»، وسيادة القانون، نظاما عالميا ومبدأ من مبادئ القانون الدولي يستخلص من موقف الجمعية العامة للأمم المتحدة تجاه انقلابين على نظام الحكم في كل من هايتي وبروندي، حيث أدان مجلس الأمن هذين الانقلابين لوقوعهما على حكومتين أقيمتا على أساس دستوري وديمقراطي (قرار رقم ٤٦/٧ في ١١ أكتوبر سنة ١٩٩١، بالنسبة إلى هايتي. وقرار رقم ٤٨/١٧ في نوفمبر سنة ١٩٩٣، بالنسبة إلى بروندي). إلا أن مجلس الأمن ذهب إلى مرحلة أبعد بالنسبة إلى هايتي فطبق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة الخاص بالعقوبات إذا لم تعد الديمقراطية والحكومة المنتخبة انتخابا شرعيا. ولم يتخذ القرار نفسه بالنسبة إلى بروندي.

انظر: Salim laghamani, vers une légitimité في كتاب:

Rencontres internationales de la faculté des sciences juridiques politiques et sociales de tunis, les nouveaux aspects du droit international, colloque des 14, 15 et 16 1994, Edition pedone, Paris, 1994, p.260 - 267.

وقد جاء في ميثاق باريس لأوروبا الجديدة الصادر في نوفمبر سنة ١٩٩١ أن الديمقراطية تتخذ من احترام شخص الإنسان وحكم القانون أساسا لها وركيزة تستند إليها. ونص إعلان فيينا لحقوق الإنسان (١٩٩٣) على أن مبادئ ميثاق الأمم المتحدة عندما تقرأ مع المعايير الدولية بشأن الحقوق الفردية والجماعية، تنص على حقين اجتماعيين أساسيين ينطويان على أهمية فائقة للديمقراطية وهما التعددية والتضامن الاجتماعي.

سوف يحمى السلطة التنفيذية من تدخل السلطة التشريعية في مجال اللوائح ، إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي منذ قراره الصادر في ١٦ يولية سنة ١٩٧١ حول حرية الاجتماع وسع من حدود اختصاصه فأضفى القيمة الدستورية على كل من إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٩٧١ ومقدمة دستور ١٩٤٦ ، والتي تتضمن ما يسمى بالمبادئ الأساسية المعترف بها في تشريعات الجمهورية ، ومنذ ذلك التاريخ أصبحت الحماية القانونية للحقوق والحريات لا تعتمد على التشريع وحده وإنما تعتمد أيضا على الدستور بمقتضى الرقابة الدستورية على التشريع^(١).

وبهذا ترتبط الديمقراطية بسيادة القانون الذى يحمى الحقوق والحريات في مواجهة الدولة . وبذلك أيضا تفترض الديمقراطية أن تعمل السلطة وفقا للقانون ، ففيها لا يعلو أحد فوق القانون^(٢). ولهذا قيل بحق إن الديمقراطية ليست سيادة الكم ، وإنما هي سيادة القانون^(٣). وعلة ذلك أن إرادة الشعب هي أساس الحكم ؛ وهو مؤدى ما أكدته الإعلان العالمى لحقوق الإنسان (المادة ٢١) . وإعمالا لارتباط الديمقراطية بسيادة القانون ، فإن البرلمان يعبر عن الإرادة العامة للشعب وفقا للشروط التى يحددها الدستور . وبعبارة أخرى ، فإن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة للشعب إلا إذا كانت هذه الإرادة قد احترمت الدستور.

وفي هذا المعنى أكد الإعلان العالمى للديمقراطية الذى أقره مجلس الاتحاد البرلمانى الدولى فى القاهرة فى ١٦ سبتمبر ١٩٩٧ أن الديمقراطية تقوم على سيادة القانون ومباشرة حقوق الإنسان ، وأنه فى الدولة الديمقراطية لا يعلو أحد على القانون ، وأن الجميع متساوون أمام القانون (المادة ٧)^(٤).

(١) انظر : Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Lene édition, Paris, pp. 33- 36, 1995.

(٢) فى موضوع Cherif La démocratie: Principes essentiels, Institutions et problèmes, p. 24 et 5. Bassiouni, *Vers une déclaration universelle sur les principes fondamentaux de la démocratie, principes à la réalisation*. (المرجع السابق ص ٩)

(٣) انظر هذا المعنى فى تصدير Gaudement فى كتاب : Guillaume Drago; *L'Execution des decisions du conseil constitutionnelle*, Economica, 1991, p.5.

(٤) صدر الإعلان العالمى للديمقراطية بناء على اقتراحنا عقب انتخابنا رئيسا لمجلس الاتحاد البرلمانى الدولى فى سبتمبر سنة ١٩٩٤ . وقد شكلت مجموعة عمل من عدد من الخبراء لصياغة مشروعه المبدئى ، كان مقررها الدكتور شريف بسيونى رئيس المعهد الدولى لقانون حقوق الإنسان ورئيس الجمعية الدولية لقانون العقوبات .

والديمقراطية كقيمة سياسية تتمتع بالشرعية الدستورية فيما نص عليه الدستور المصرى فى مادته الأولى من أن نظام الحكم اشتراكى « ديمقراطى »^(١).

وواقع الأمر أن العلاقة بين الديمقراطية وسيادة القانون، تتجلى فى العنصر الموضوعى للقانون فى الدولة القانونية، وهو حماية الحقوق والحريات التى لا تقوم الديمقراطية بغيرها. وتتجلى هذه الحماية فى توازن دقيق مع المصلحة العامة.

فبهذا العنصر الموضوعى تتأكد سيادة القانون، وبه تبدو العلاقة الوثيقة بين الديمقراطية كنظام سياسى وبين حماية الحقوق والحريات. وهذا ما أعلنته المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى قولها بأن مضمون القاعدة القانونية التى تسمو فى الدول القانونية عليها وتنفذ بها، يتحدد على ضوء المستويات التى التزمها الدول الديمقراطية باطراد فى مجتمعاتها، وأنه لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا المقبولة بوجه عام فى الدول الديمقراطية^(٢).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أيضا أن التعددية الحزبية هى السبيل الوحيد لقيام الحكم الديمقراطى فى أى بلد، وأن الدستور قد كفّل بالضرورة حرية تكوين الأحزاب وحق الانضمام إليها^(٣).

وفى هذا المعنى أكد إعلان فيينا حول حقوق الإنسان (١٩٩٣) أن الديمقراطية والتنمية، واحترام حقوق الإنسان والحريات يعتمد كل منها على الآخر ويعززها. كما أكد العلاقة بين كل من الديمقراطية، وحقوق الإنسان، والدولة القانونية ميثاق باريس لأوروبا الجديدة (نوفمبر ١٩٩١). وإذا نظرنا إلى النظم غير الديمقراطية، لوجدنا أن

(١) ويلاحظ أن وضع كلمة (اشتراكى) وهو تعبير اقتصادى قبل كلمة (ديمقراطى) وهو تعبير سياسى، يعنى عدم وصف الديمقراطية بالاشتراكية. وقد أخرجها بذلك من نطاق الديمقراطية الاشتراكية التى تعتمد على حزب سياسى واحد يعبر عن مصالح الطبقة العاملة، وقد تأكد المفهوم السياسى للديمقراطية، فى دستور ١٩٧١ فيما نصت عليه مادته الخامسة المضافة بتعديل ١٩٨٠ من أن النظام السياسى يقوم على تعدد الأحزاب.

(٢) دستورية عليا فى ٤ يناير ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، دستورية عليا فى ٢ يناير ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٤ ص ٨٩ و ج ٥ (المجلد الثانى) قاعدة ١٠ ص ١٠٣.

(٣) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٨٨ فى القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٤ قاعدة رقم ١٦ ص ٩٨.

الفساد وعدم الاستقرار، والتعسف والتحكم، يستشرى في بنائها وقراراتها. أما النظم الديمقراطية فلنما تحمى الحقوق والحريات وتكيف ممارستها مع متطلبات المجتمع، وفيها تعلو المستويات الثقافية والتربوية وغيرها مما تتطلبه التنمية، ويسود مناخ المساواة والحرية والثقافة التى تحفز على المنافسة السياسية. وهو ما يتطلب أولاً وأخيراً الالتزام بسيادة القانون.

٧- سيادة الدستور

بينما أن مبدأ سيادة القانون يعنى فى مضمونه الشكلى التزام جميع سلطات الدولة بالقانون. ويقتضى هذا المبدأ أن السلطة التشريعية تلتزم بأن تضع القوانين فى حدود الدستور. فهذا الالتزام هو مظهر سيادة القانون على السلطة التشريعية. فالدستور بوصفه القانون الأساسى يحدد شروط ممارسة نواب الشعب الإرادة العامة للشعب.

وتنبع سيادة القانون على السلطة التشريعية من مبدأ سيادة الدستور على سائر القواعد القانونية. وهنا لا ترجع هذه السيادة إلى عناصر مادية قوامها مضمون الأحكام التى احتواها، وإنما تكون للدستور السيادة، حين تهيمن قواعده على التنظيم القانونى فى الدولة لتحل ذروته. ولا يكون ذلك إلا إذا نظرنا إليه من زاوية شكلية ترجع إلى مكانة الجهة التى انعقد لها زمام تأسيسها والتى تعلو على السلطتين التشريعية والتنفيذية معاً، وهى المشرع الدستورى بمراعاة أنه هو الذى أفرغ قواعد الدستور فى الوثيقة الدستورية ولم يسمح بتعديلها أو إلغائها إلا وفق الإجراءات التى نص عليها الدستور^(١)، باعتبار أن السلطة التأسيسية لا تعبر عن نفسها من خلال النظام القانونى؛ بل هى سابقة عليه، ومن ثم، فإنها تعلو على جميع سلطات الدولة كنظام قانونى^(٢). ومن هذا المعيار الشكلى تأخذ الشرعية الدستورية سيادتها على الشرعية القانونية أو الشرعية اللائحية. ذلك من حيث الشكل، فماذا عن مضمون الشرعية الدستورية؟

(١) دستورية عليا فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٢ قاعدة رقم ٣١ ص ٤٠٨.

(٢) انظر: Denys de Béchillon; Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Economica, 1996, p.52.

لقد أكدنا فيما سبق أن الدستور ليس مجرد وثيقة لتنظيم علاقة سلطات الدولة فيما بينها، وإنما هو فوق ذلك وثيقة ضمان للحقوق والحريات. وتعتبر النصوص الخاصة بهذه الحقوق والحريات بمثابة كتلة من الدستورية. "bloc de constitutionnalité"^(١).

ليست هناك صيغة واحدة مجردة تحدد مضمون الشرعية الدستورية التي يجب أن تحكم القانون، ذلك أن المبادئ لا يمكن فصلها عن القيم السائدة في المجتمع ولا يمكن عزلها عن العناصر المكونة لنظام الدولة. فمثلا استقلال السلطة القضائية كأحد مبادئ الشرعية، وإن كان يعنى بوجه عام عدم جواز التدخل في أحكام القضاء، إلا أن مضمون هذا الاستقلال يختلف من دولة إلى أخرى وفقا لشكل العلاقات بين الفرد والدولة. وقد بين المؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة ١٩٥٩ أن مبدأ الشرعية اصطلاح يرمز إلى القيم والخبرة التي يتفق عليها جميع رجال القانون في جزء كبير من العالم. وهذا المبدأ يعتمد على عنصرين: (أولهما)، أن كل سلطة في الدولة تعمل وفقا للقانون. و (ثانيهما)، أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو احترام حقوق الإنسان. واستخلص المؤتمر أنه يمكن تعريف مبدأ الشرعية بأنه هو الذى يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة، ولتتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية. وهذه الأفكار وإن كانت غير متفق عليها بصفة دائمة إلا أنها تشابه في كثير من النقاط لدى رجال القانون في مختلف بلاد العالم على اختلاف هياكلها السياسية وظروفها الاقتصادية^(٢).

وواقع الأمر أن الشرعية الدستورية تهدف إلى حماية الفرد ضد تحكم السلطة، بضمان حقوقه وحرياته. إلا أن مضمون هذا المبدأ يختلف من دولة إلى أخرى بقدر اختلاف نظامها السياسى والاقتصادى، كما يختلف مدى احترامه بقدر سلامة التطبيق واحترام الدولة للقانون.

وتحكم الشرعية الدستورية القانون في عنصره الشكلي والموضوعى، فمن حيث

(١) استخدم Rivero هذا التعبير في كتابه:

Le principe du constitutionnalité, Essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel, Mél. Eisenmann, éd. cujas, 1975, p. 34.

(٢) Commission internationale de juristes; le principe de la legalité dans une société libre, (٢) op. cit., p. 341

العنصر الشكلي تضمن هذه الشرعية تقييد الدولة بالقانون . ومن حيث العنصر الموضوعي تكفل الشرعية الدستورية أن يكفل القانون توفير الضمانات للحقوق والحريات . وهكذا فإن الشرعية الدستورية بوصفها المبدأ الأسمى الذي يحكم القانون ، تسهم في تحديد كل من العنصرين الشكلي والموضوعي للقانون .

فالشرعية الدستورية على هذا النحو هي الضمان الأعلى لسيادة القانون على سلطات الدولة ، فبها تتأكد سيادة القانون عليها . فبالشرعية الدستورية يتم تنظيم السلطة وممارسة أعمالها في إطار المشروعية . ويدعم القضاء مبدأ الشرعية الدستورية خلال استقلاله وحصانته لتصبح القاعدة القانونية محورا لكل سلطة ، ورادعا ضد العدوان^(١) .

ولا شك أن الشرعية الدستورية تعكس النظام السياسي للدولة . وترتبط في الدولة القانونية كل الارتباط بالنظام الديمقراطي وبسيادة القانون . ويضمن ذلك كله قضاء دستوري يحمي مدلولها ويكفل فاعليتها .

(١) دستورية عليا في ٤ يناير ١٩٩٢ ، القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ .

الباب الثانى

معيار الشرعية الدستورية للحقوق والحريات

الفصل الأول

أفكار حقوق الإنسان

٨- تمهيد

بينما فيما تقدم أن الشرعية الدستورية كضمان للحقوق والحريات ترتبط ارتباطا وثيقا بكل من الديمقراطية وسيادة القانون. فما هو المعيار الذى تركز عليه هذه الشرعية في توفير هذا الضمان؟

لقد شهد النصف الثانى من القرن العشرين تحولا جذريا نحو تحديد الحقوق والحريات وحمايتها تحت تأثير عاملين مهمين: (أولهما)، بلورة هذه الحقوق في إعلانات عالمية لحقوق الإنسان ومواثيق دولية وإقليمية. (ثانيهما)، تأكيد الرقابة القضائية الدستورية من أجل حماية هذه الحقوق^(١). ومن خلال هذه الرقابة أمكن للقضاء الدستورى استخلاص عدد من الحقوق والحريات لم ينص عليها الدستور صراحة، ولكنها تعتبر لازمة للديمقراطية وسيادة القانون.

(١) انظر: Pierre Foucher; Controle de Constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les Etats de droit: Convergence des solutions en Occident et idées pour L'Afrique (Aupelef - Uerf- Reseau Droit Fondamentaux - Les droits Fondamentaux, Actes des 1^{ères} journées scientifiques, tenues á Tunis du 9 au 12 Octobre 1996, Bruxlant Bruxelles, 1997, p. 345.

وسوف نبحث في هذا الباب العامل الأول الذى يحدد الحقوق والحريات محل الحماية، ثم نبحث في القسم الثانى من هذا الجزء العامل الثانى الذى يضمن استخلاص هذه الحقوق وحمايتها، وهو القضاء الدستورى .

والواقع أن ظهور أفكار حقوق الإنسان كانت مبعثا للمشرع الدستورى لكى يختار من بينها ما هو أساسى ولازم للديمقراطية، فهى لا تقوم بغير سيادة القانون الذى يحمى الحقوق والحريات؛ مع توفير ضمانات قانونية فى المسائل الجنائية لكفالة محاكمة عادلة (منصفة). ولهذا قيل بأن الوضع المركزى الذى تحتله الحقوق والحريات فى الدولة الديمقراطية يعتبر أساسا للنظام القانونى السياسى للدولة^(١).

٩- تطور فكرة الحقوق والحريات

يتمتع الأفراد فى الدولة القانونية بالحقوق والحريات بناء على إرادة المشرع الدستورى لا بناء على أفكار القانون الطبيعى وحدها. وكان مذهب القانون الطبيعى يرى أن هناك نوعا من الحقوق لا يحتاج إقرارها إلى إرادة المشرع لأنها (طبيعية)، تنشأ للإنسان بحكم طبيعته الإنسانية، وتعتبر حقوقا أساسية لأنه لا يمكن للفرد أن ينعم بحياته داخل المجتمع بدون احترام هذه الحقوق. وقد قيل بأنه يمكن التعرف على هذه الحقوق بالعقل، فلا يجوز لأية سلطة وضعية أن تخالفها وإلا كان القانون المخالف لها غير شرعى (illégitime). كما قيل بأنه نظرا إلى أن هذه الحقوق الطبيعية يتبينها العقل فإنها تتصف بال عالمية، ولذلك فإن القانون الوضعى فى تحديده للحقوق والحريات يخضع للقانون الطبيعى. وينهض القانون الوضعى بدور فعال فى حماية هذه الحقوق (الطبيعية) نظرا لما يوفره من حماية قضائية تكفل احترامها إذا ما تعرضت للانتهاك.

وقد ذهب أنصار مذهب العقد الاجتماعى - فيما بعد - إلى أن هذا العقد هو أساس شرعية السلطة لأنه يضمن احترامها لهذه الحقوق. وفى القرن الثامن عشر ظهرت الحاجة إلى التمسك بالحقوق والحريات «الأساسية» تحت مسمى حقوق الإنسان كرد فعل ضد تحكم الملوك والحكام. وما إن استتب مفاهيم الدولة القانونية حتى بات

Pierre Cambot, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, Economica, 1998, p.18.

واضحاً أن القانون يجب أن يكفل احترام الحقوق والحريات، مثال ذلك في قانون العقوبات، أن يعرف المخاطب به سلفاً الحدود الفاصلة بين ما هو شرعى وما هو غير شرعى. وهكذا انتهى الأمر إلى التسليم بأن القانون الوضعى هو الذى يكفل الحقوق والحريات. وقد تلاقى فى ذلك مع منطق مذهب القانون الطبيعى من حيث أهمية تدخل القانون الوضعى لكى يكفل الحماية القضائية لهذه الحقوق. كما تلاقى أيضاً مع فكر الدولة القانونية التى لا يقوم قانونها إلا بحماية هذه الحقوق.

ومن ناحية أخرى تحقق التلاقى بين فكرة حقوق الإنسان التى بشر بها مذهب القانون الطبيعى وبين فكرة الحقوق والحريات التى أكدها القانون الوضعى، وذلك من خلال مفهوم الدولة القانونية كما سنبين فيما بعد. فوفقاً لهذا المفهوم تقوم الدولة القانونية على النظام الديمقراطى الذى يتطلب احترام الحقوق التى يتمتع بها الإنسان بصفته الإنسانية على أساس أن هذه الحقوق تعبر عن احتياجات المجتمع الديمقراطى وآماله^(١).

وواقع الأمر، إن فكرة حقوق الإنسان تعبر عن فلسفة القانون الطبيعى، بخلاف فكرة الحقوق والحريات فإنها وإن اعتمدت فى أيديولوجيتها إلى حد كبير على هذه الفلسفة، إلا أنها فى إطار النظام القانونى تحتل طابعاً قانونياً وضعياً. ويترب على هذا التمييز أن تفسير الحقوق والحريات يتحدد فى ضوء القواعد القانونية التى تحددها وتحميها، بخلاف تفسير حقوق الإنسان، فإنه يتسع لينصرف إلى أيديولوجيتها القائمة على مجموعة من المعتقدات والقيم الأخلاقية^(٢). ففكرة الحقوق والحريات تنقل فكرة حقوق الإنسان من المجال الأخلاقى إلى المجال القانونى، ضماناً لاحترامها وحمايتها فى مواجهة السلطة، وتوفيقاً بينها وبين مقتضيات التقدم العلمى^(٣). وبعد أن تضمنت

(١) انظر: Guy Hoarscher; philosophie des droits de l'homme, 1993, p. 14 - 21.

(٢) انظر فى الموضوع: Michel Troper; La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 (Conseil constitutionnel; la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, P U F, 1989, p.13-17).

وانظر الدكتور ماهر عبد الهادى، حقوق الإنسان - قيمتها القانونية وأثرها على بعض فروع القانون الوضعى ١٩٨٤ ص ٢٣ وما بعدها.

(٣) Collection Études juridiques Dirigée par Nicolas Molfessis; La dignité de la personne humaine, No. 78, Economica, 1999, p.4.

كثير من الإعلانات الدولية والإقليمية دعوة لحماية حقوق الإنسان اعتمدت فكرة حقوق الإنسان على فلسفة سياسية دولية بالإضافة إلى فلسفة القانون الطبيعي . إلا أنه أيا كان الأساس الفلسفى لحقوق الإنسان ، فإن أساسه القانونى يعتمد على القيمة الدستورية التى ينالها فى النظام القانونى ، وهو ما سنبينه فيما بعد . وهذا الأساس له طبيعة موضوعية objectif لأنه يرتبط بالدستور .

ويلاحظ أن الدستور المصرى (١٩٧١) قد نص فى المادة ٤١ على أن الحرية الشخصية حق طبيعى ، مشيراً بذلك إلى أن السلطة السياسية التى وضعت الدستور قد أكدت أن الحرية وإن أعلنتها إرادة هذه السلطة ، إلا أنها مستوحاة ومستمدة من الطبيعة الإنسانية للفرد . وقد كانت أزمة الحرية الشخصية التى مرت بها البلاد قبيل وضع الدستور ١٩٧١ هى التى دفعت بالمشروع الدستورى إلى تأييد أن الحرية الشخصية حق (طبيعى) حتى تكون الرسالة واضحة ومعلنة للسلطة السياسية بأن الحرية ليست منحة قابلة للعطاء أو للمنع ، وإنما هى قيمة إنسانية يحميها الدستور . وهو ما انعكس بوضوح فى وثيقة إعلان الدستور ، فقد جاء بها : «إن كرامة الفرد انعكاس طبيعى لكرامة المواطن ذلك أن الفرد هو حجر الأساس فى بناء الوطن وبقية الفرد وبعمله وبكرامته يكون الوطن وقوته وهيبته» . فما جاء فى مقدمة الدستور عن كرامة الفرد يشير إلى الطابع الإنسانى لحقوقه ، والذى يتجلى فى الكرامة الإنسانية ، وتؤكد هذا المعنى أيضاً نص عليه الدستور من أن السيادة للشعب .

كما عنى الدستور المصرى بالنص صراحة على قائمة من الحقوق والحريات فى الباب الثانى الخاص بالمقومات الأساسية للمجتمع ، وفى الباب الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة ، وفى الباب الرابع الخاص بسيادة القانون .

١٠- علاقة الشرعية الدستورية بحقوق الإنسان

على الرغم من اتهام نظريات القانون الطبيعى بالمثالية والتجريد ، فإنها لا شك قد أسهمت فى بناء صرح الحرية فى مواجهة السلطة وتقييد سلطة الدولة . وعلى أثر انحسار موجة هذه النظريات ، فإن الحاجة إلى تأكيد الحرية وكفالتها فى مواجهة سلطة الدولة قد دفعت بالشعوب إلى وضع بعض الأصول التى تؤكد حقها فى الحرية . وقد كانت هذه الأصول الوضعية هى آخر مراحل تطور الكفاح السياسى فى سبيل كسب الحرية

وتدعيمها . فلم تصبح الحرية مجرد فكرة خيالية تستند إلى التفكير المثالي ، وإنما انتقلت إلى مجال الحماية القانونية ، وأصبحت ذات قيمة محددة يتمتع بها الأفراد في مواجهة السلطة وذلك عن طريق تقييد نشاطها وتحديد نطاقها ، من خلال القانون . فإذا كان مبدأ سيادة القانون يعنى خضوع السلطة في نشاطها للقانون ، فإنه يبقى بعد ذلك بيان النطاق الدستوري الذي يتحدد به هذا القانون ومضمونه ، ففي ضوء تحديد العلاقة بين الدولة كسلطة وبين الفرد تتحدد قائمة الحقوق والحريات^(١) . وفي هذا الصدد يثور البحث عن الحقوق والحريات التي تنتمي إلى مجموعة حقوق الإنسان والتي أضفت عليها الدولة حماية دستورية . لا شك في أن هذا الاختيار يعبر عن درجة الثقافة القانونية في الدولة والقيم التي تعتنقها في ضوء نظامها السياسي والتي تعبر عنها الإرادة السياسية في الوثيقة الدستورية^(٢) . فيكون مضمون *la teneur* هذه الوثيقة معبرا عن الشرعية الدستورية التي تنالها هذه الحقوق ، وبالتالي يكون إضفاء الطابع الدستوري *la "constitutionnalisation"* هو الوسيلة لإعطاء هذه الحقوق أسمى قيم الشرعية الوضعية ، وهي الشرعية الدستورية . وهو ما ينطوي في ذات الوقت على تقنين هذه الحقوق داخل الوثيقة الدستورية .

وعلى أن نحدد فيما يلي المضمون الذي احتواه الدستور فيما يتعلق بالحقوق والحريات حتى نستجلي مبادئ الشرعية الدستورية في هذا الخصوص . وهي مبادئ لا تستند إلى مجرد نصوص الدستور بحرفيتها ، وإنما تستخلص من مجموعة من المبادئ والأفكار التي تتصل بمفاهيم سيادة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان^(٣) . وتبدو أهمية هذا البحث في مصر نظرا لما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن مضمون

P. Cambot, op. cit., p.24.

(١)

(٢) ويلاحظ أن هذه الحقوق في نظام *common law* قد عبرت عنها المحاكم الإنجليزية حيث لا يوجد دستور مكتوب ، كما عبرت عنها المحكمة العليا الأمريكية في إطار دستورها الاتحادي . وكان هذا التحديد عاملا لظهور اصطلاح حكومة القضاة *«La gouvernement des juges»* إشارة إلى فضل القضاة وتحمسهم نحو توفير الضمانات لهذه الحقوق - *André Morel. Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques - L. effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, AUPÉE-UREF, op. cit., p. 320.*

(٣) قلنا في بحث لنا سنة ١٩٧٨ عن تداخل دراسة حقوق الإنسان في العلوم المختلفة . مقدم لندوة نظمها اليونسكو حول حقوق الإنسان بالقاهرة ، إن اقتصر الدراسة والبحث في حقوق الإنسان على جانبها القانوني الوضعي يشكل خطرا أساسيا يهدد تكامل فكرة حقوق الإنسان .

القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، واستقر العمل بالتالي على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة، وأنه في هذا الإطار، والتزاما بأبعاده، لا يجوز للدولة القانونية في تنظيماتها المختلفة أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحررياتهم عن الحدود الدنيا لمتطلباتهم المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية، ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها قيودا يكون جوهرها أو مداها مجانباً لتلك التي درج العمل في النظم الديمقراطية على تطبيقها؛ وأن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة الحادية والأربعين^(١).

وقد اتجه القضاء الدستوري في كثير من الدول إلى الأخذ بمفهوم حقوق الإنسان في تحديده لمضمون الحقوق والحريات مستوحيا بعض أفكاره من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كما هو الحال في ألمانيا وإيطاليا وإسبانيا والبرتغال وفرنسا. كما لوحظ أيضا تأثير إعلان الحقوق في أمريكا على قضاء المحكمة العليا الأمريكية^(٢). فما المقصود بهذه الحقوق؟

١١- تطور فكرة حقوق الإنسان

حقوق الإنسان قيمة إنسانية رفيعة بمقتضاها يتمتع كل كائن إنساني بحقوق طبيعية تنبع من إنسانيته، أي تنبثق من كرامته الإنسانية. وقد ارتبطت دائما بفكر سياسي متغير حتى أصبح بوجه خاص محل اهتمام وبؤرة تركيز عليها وسائل تحقيق العولة في النظام الدولي الجديد. وقد تجسدت بادئ الأمر في مجموعة من الوثائق الوطنية مثل

(١)- Mauro cappelletti; Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle, (cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, p.471 et 472).

(٢) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤ في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ ص ٢٦١، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩. ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» المجموعة السابقة، ج ٥ (المجلد الثاني) قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣.

العهد الأعظم Magna carta الذى استخلصه بارونات إنجلترا للحد من سلطة الملك جون سنة ١٢١٥، وإعلان الحقوق Bill of rights سنة ١٧٧٦ بالولايات المتحدة الأمريكية، وإعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩.

وأيا كان المصدر التاريخي لهذه الحقوق وما طرأ عليه من تطور دولي وإقليمي، فإن هذه الحقوق تشترك فيما بينها في طابع واحد، هو ارتباطها بالذاتية الإنسانية.

ويبدو التطور الدولي الإقليمي لهذه الحقوق فيما طرأ من تحرك عالمي وإقليمي واسع في القرن العشرين لحماية حقوق الإنسان، وخاصة بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية.

فعلى المستوى العالمى، نص ميثاق منظمة الأمم المتحدة على أن من أغراض هذه المنظمة تطوير وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المادة ١/٣). وفى إطار هذا الميثاق أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الإعلان العالمى لحقوق الإنسان^(١). وأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عهدتين دوليين فى ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ أولهما عن الحقوق المدنية والسياسية، وثانيهما عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. هذا بالإضافة إلى جانب آخر من الاتفاقيات التى أجرتها الأمم المتحدة بشأن حقوق الإنسان، منها اتفاقية لمنع وعقاب جريمة إبادة الجنس (Genocide) فى ٩ ديسمبر ١٩٤٨، واتفاقيات جنيف فى ٢١ أغسطس ١٩٤٩ المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة، واتفاقيات منظمة العمل الدولية حول الحرية النقابية وحماية الحق النقابى (فى ٩ يولية ١٩٤٨)، والاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (٢٨ يولية ١٩٥١)، والاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التفرقة العنصرية (فى ٢١ ديسمبر ١٩٦٥) والاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (فى ١٨ ديسمبر ١٩٧٩)، والاتفاقية الخاصة بتحريم التعذيب (فى ١٠ ديسمبر ١٩٨٤)، والاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل (٢٠ نوفمبر ١٩٨٩).

كما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٣ من ديسمبر ١٩٨٥ المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية.

وعلى المستوى الإقليمي، أقرت الدول الأوروبية المنظمة لمجلس أوروبا اتفاقية لحماية

(١) امتنع عن التصويت على القرار الصادر بهذا الإعلان كل من الاتحاد السوفيتى (سابقا) ودول أوروبا الشرقية، وجنوب إفريقيا، والمملكة العربية السعودية. وقد اختلفت كل هذه الدول فى تعليل امتناعها عن التصويت. وقيل إن من أسباب امتناع المملكة العربية السعودية عن التصويت النص الخاص بالحرية فى تغيير الديانة (م/١٨)

Jacques Robert, op. cit., p. 78.

حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في روما في ٤ نوفمبر ١٩٥٠ ، وقد أكدت هذه الاتفاقية على احترام الحقوق التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والميثاق الاجتماعي الأوروبي في ١٨ أكتوبر ١٩٦١ المبرم بين دول مجلس أوروبا ، ثم الوثيقة الختامية لمؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا (١٩٧٥) ثم ميثاق المجتمعات الأوروبية للحقوق الاجتماعية للعمال (٩ ديسمبر ١٩٨٩) ، وإعلان البرلمان الأوروبي للحقوق والحريات الأساسية (١٢ إبريل ١٩٨٩) .

كما صدرت عدة وثائق إقليمية أخرى تؤكد على احترام حقوق الإنسان ، منها معاهدة السلم اليابانية (١٩٥١) ، والنظام الأساسي الخاص بمركز تريستا (١٩٥٤) ، وميثاق منظمة الدول الأمريكية لعام ١٩٤٨ ، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ ، وعلى صعيد الدول الإسلامية أصدر المجلس الإسلامي العالمي المنعقد في باريس ١٩٨١ بيانا عن حقوق الإنسان في الإسلام ، أورد العديد من هذه الحقوق .

وفي نطاق الدول الإفريقية ، أقر مؤتمر القمة الإفريقي المنعقد في نيروبي ١٩٨١ ، الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ودخل حيز التنفيذ في ٢١ أكتوبر ١٩٨٦ . وعلى مستوى الدول العربية أعدت مجموعة من خبراء الأمة العربية من أهل الفكر والقانون المجتمعين في مدينة سيراكوزا بصقلية في إيطاليا ١٩٨١ مشروع ميثاق لحقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي ، تبناه بالإجماع المؤتمر السادس عشر لاتحاد المحامين العرب في الكويت ١٩٨٧ وناشد جميع نقابات المحامين في الدول العربية أن تدعو الحكومات العربية إلى التصديق عليه .

وعلى الرغم من أهمية هذه الاتفاقيات والإعلانات ، إلا أنه يجب أن نميز بين وثائق لها صفة إلزامية بين موقعها ، وهي الاتفاقيات ؛ ووثائق لها صفة أدبية هي الإعلانات والبيانات . كما يجب أيضا التمييز بين وثائق لها نطاق عام يحمي حقوق الإنسان في مجموعها مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والعهدين الدوليين لحقوق الإنسان المدنية والسياسية ، والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، ووثائق أخرى لها نطاق خاص بعضها يحمي حقوقا معينة للأفراد مثل الاتفاقيات الخاصة بمنع التعذيب ، ومنع إبادة الجنس ، ومنع التمييز العنصري ، وبعضها الآخر يحمي حقوقا لفئات معينة من المواطنين مثل اللاجئين ، والعمال ، والنساء ، والأطفال .

وعلى أية حال ، فإن إعلانات حقوق الإنسان سواء كانت عالمية أو إقليمية ، لم تعد مجرد دعاوى فلسفية أو نداءات أخلاقية ، بعد أن تبنت كثير من المحاكم الدستورية ، وكذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مفهومها في مقام تحديد الحقوق والحريات ، مما أعطى دورا للقضاء في تطوير وتحديث هذه الحقوق^(١).

إلا أنه بالإضافة إلى الدور القضائي في استخلاص القيمة الدستورية للحقوق والحريات ، فإن بعض الدساتير ضمنت هذه الإعلانات في الوثيقة الدستورية فنالت ذات القيمة الدستورية التي تتمتع بها نصوص الدستور ، مثال ذلك الدستور الفرنسي سنة ١٩٥٨ الذي أشارت ديباجته إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩ وأكد المجلس الدستوري أن هذه الديباجة تتمتع بذات القيمة الدستورية لنصوص الدستور. وكذلك أيضا الدستور الكندي الذي ضمّن بين ثنياه الميثاق الكندي للحقوق والحريات الصادر سنة ١٩٨٢ . كما ضمن دستور بنين الصادر سنة ١٩٩٠ بين ثنياه الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان وحقوق الشعوب الصادر سنة ١٩٨١ .

١٢- أجيال حقوق الإنسان

إذا استقرنا موثيق حقوق الإنسان نجد أنها تعكس تطور دائرة هذه الحقوق . فلم تقتصر هذه الموثيق على تحويل صاحبها حرية الحركة والتصرف والاختيار ، بل امتدت إلى تحويله حقوقا اجتماعية واقتصادية قبل الدولة تخوله الحق في إشباع احتياجات أساسية مثل التأمين الاجتماعي والرعاية الطبية ، والعمل والراحة ، والتعليم والثقافة إلى غير ذلك من عناصر أساسية للتنمية الاجتماعية للفرد . وهي حقوق يستطيع بمباشرتها التمكن من مباشرة الحقوق المدنية والسياسية .

وقد أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ هذه الحقوق في المواد من (٢٢ إلى ٢٧) . وبناء على ذلك فإن حقوق الإنسان أصبحت من نوعين :

١- حقوق تحول صاحبها نهج سلوك معين ، وتتمثل في الحقوق المدنية والسياسية في مواجهة الدولة ، وهذا هو الجيل الأول لحقوق الإنسان .

٢- حقوق تحول صاحبها الحق في اقتضاء خدمة أساسية من الدولة ، تلتزم الدولة

Mauro cappelletti, op. cit., p. 473.

(١)

بتمكينه منها، وتمثل في الحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، وهذا هو الجيل الثاني لحقوق الإنسان. وهذه الحقوق يستطيع الإنسان أن يباشر الجيل الأول من حقوق الإنسان بفعالية وكفاءة.

ويجدر التنويه إلى أنه في الثمانينيات ظهر جيل ثالث لحقوق الإنسان سماها البعض حقوق الشعوب "Rights of peoples" يشير بوجه خاص إلى الحق في السلام^(١) والحق في التنمية^(٢) والحق في البيئة^(٣) والحق في الثقافة. وهذه الحقوق تخول جميع الأفراد حق مطالبة غيرهم من الأفراد باحترام قيم عالمية معينة في إطار من التضامن^(٤). حتى إنها سميت بحقوق التضامن "Droits de solidarité"^(٥). إلا أن هذا الجيل لم يتبلور بعد

(١) ويتضمن حق كل إنسان في الكفاح ضد جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ومحاكمة مرتكبيها، والحق في رفض تنفيذ الأوامر غير الشرعية أثناء النزاع المسلح إذا كانت مخالفة لقوانين الإنسانية، والحق في اللجوء السياسي إذا كان المطالب به قد تعرض للاضطهاد بسبب نشاطه في الكفاح من أجل السلام وضد الحرب. (٢) وقد أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عدة قرارات لها منها القرارات رقم ١٥١٥ و ١٦٧٤ و ١٧٠٧ و ٢٤٦٠ الخاصة بالموارد البشرية من أجل التنمية، والقرار رقم ٢٥٤٢ حول إعلان التقدم والتنمية الاجتماعية، والقرار رقم ٢٦٦٢ الخاص بالإستراتيجية الدولية للتنمية. وكذلك أصدرت القرارين رقم ٣٢٠١ و ٣٢٠٢ لسنة ١٩٧٤ حول إعلان إنشاء نظام اقتصادي دولي جديد وبرنامج العمل حول هذا النظام الدولي. وقد أشارت إلى الحق في التنمية لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في قرارها رقم ٣٣/٤، كما ورد هذا الحق صراحة في إعلان صدر من اليونسكو وصف هذا الحق بأنه يندمج في كل كائن وجماعة إنسانية، وحدد أن هذا الحق يتضمن فتح الطريق نحو مساواة كاملة في وسائل التقدم والازدهار الجماعية والفردية في مناخ يحترم قيم الحضارة والثقافة الوطنية والعالمية. (Abdelfattah Amor, *Ledroit de l'homme au developpement; L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communaute francophone*, Aupelefuref, op. cit., p. 109).

(٣) وقد نادى به مؤتمر الأمم المتحدة لقمة الأرض في ريو دي جانيرو سنة ١٩٩٢ على أثر مؤتمر إستكهولم سنة ١٩٧٢ الذي نادى أيضا بهذا الحق.

(٤) انظر: D. Rousseau; *les droits de l'homme dans la troisieme generation, droit constitutionnel et droits de l'homme*, ed. Economica, collection droit public positif, Paris 1987, p. 127.

وانظر: Chris Brown, *Human rights*. (Oxford, The globalization of world politics, edited by: baylis and steve smith, 1997, p. 470.

(٥) انظر: Jacques Robert, *Rapport Général, IXE Conférence des Cours constitutionnelles Européennes*, Paris, 10 - 13 Mai 1993.

منشور في كتاب:

Conseil constitutionnel, *protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complementarité? Volume II*, Paris, 1993, p.759.

في الصيغة الدولية أو الدستورية الملزمة . وقد انتقده العميد ريفيرو^(١) على أساس أن كل حق من الحقوق له صاحب يطالب به ، ومضمون معين ، وطرف آخر يطالبه باحترامه ، وجزاء يترتب على إهداره ، وقال إن هذه العناصر الأربعة غير متوفرة فيما يسمى بالحقوق الجديدة للإنسان ، وتساءل عمن هو صاحب هذه الحقوق ، هل هو الفرد أم هو الشعب أم هي الإنسانية ، وقال إن مضمونه مازال غامضا ، إذ لا يعرف من هو الطرف الآخر في هذه الحقوق هل هو الدولة أم هي المشروعات الخاصة أم هي المنظمات الدولية ، ولا توجد جهة قضائية يمكنها أن تفرض الجزاء عند إهدار هذه الحقوق .

وقد لوحظ أن هذه الحقوق لم تدخل بعد في إطار الحقوق التي نالت الحماية الدستورية في معظم الدول^(٢) .

إلا أن المحكمة الدستورية العليا^(٣) في مصر أقرت الحق في التنمية على أساس أنه وثيق الصلة بالحق في الحياة ، وكذلك بالحق في بناء قاعدة اقتصادية تتوافر أسبابها ، وعلى الأخص من خلال اعتماد الدول — كل منها في نطاقها الإقليمي — على مواردها الطبيعية ليكون الانتفاع بها حقا مقصورا على أصحابها ؛ وأشارت المحكمة الدستورية العليا إلى الإعلان الصادر في ٤ ديسمبر سنة ١٩٨٦ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن التنمية ، وإلى المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا لسنة ١٩٩٣ الذي قرر كذلك الحق في التنمية .

(١) Rivero; "Vers de nouveau droits de l'homme, Revue de sciences morales et politiques, (١) 1982, pp. 673 - 686.

(٢) Jacque Robert, Rapport Général, op. cit., 759.

(٣) دستورية عليا في ٢ مارس سنة ١٩٩٦ ، القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم (٣٠) ص ٥٢٠ .

وقد قيل بأن الحق في التنمية يؤكد حق الجميع في التنمية ، وأنه لا يجوز للدول الصناعية أن ترفض طلبات الدولة النامية بنقل التكنولوجيا إليها أو أن ترفض تقديم المساعدة الاقتصادية لها ، لأن هذا الرفض يعتبر إنكارا لحق البشرية في التنمية . انظر:

Gerard Piel, Federico Mayor, V.II, Bruylant, Bruxelles, 1995, p.699 - 701.

الفصل الثانى

التحديد الدستورى للحقوق والحريات

١٣- تمهيد

بينما فيما تقدم مفهوم حقوق الإنسان فى تطورها وعرضنا لوثائق حمايتها على المستويين العالمى والإقليمى . وقلنا إن هذه الحقوق قد أسهمت فى تحديد الحقوق والحريات التى تشملها الشرعية الدستورية وفقا لما جرى عليه القضاء الدستورى فى كثير من الدول .

ومن هنا يثور البحث عن ماهية الحقوق والحريات التى تحظى بالحماية الدستورية . لا صعوبة فى البحث عندما يحدد المشرع الدستورى صراحة هذه الحقوق والحريات من خلال ما يضعه من قواعد دستورية تحدد بذاتها المضمون القاعدى لهذه الحقوق ، أو ترك هذا التحديد للمشرع ، ففى هذه الحالة تكون نصوص الدستور هى المصدر المباشر لشرعيتها الدستورية . وإنما يدق البحث حول ما إذا كانت هناك حقوق وحريات أخرى تشملها الشرعية الدستورية دون أن ترد صراحة فى الدستور ، وذلك إذا كانت نتيجة لازمة للنظام الديمقراطى الذى تأخذ به الدولة ، أو استخلصت على نحو غير مباشر من الحقوق والحريات التى نص عليها الدستور صراحة ومباشرة ، وفى هذه الحالة تكون المبادئ الدستورية هى المصدر لهذا التحديد المستخلص من ثنائاه ، والذي يستخلصه القضاء الدستورى فى مقام تفسيره للدستور .

وسنعرض فيما يلى للتحديد الدستورى المباشر للحقوق والحريات ، ثم نبين بعد ذلك التحديد الدستورى غير المباشر لهذه الحقوق والحريات .

المبحث الأول

التحديد الدستوري المباشر للحقوق والحريات

١٤- كيفيته

ويسمى هذا المنهج بالوضعية القانونية "Positivism Juridique". وإذا نظرنا إلى موقف الدساتير نجد أن الدستور الإيطالي قد تجنب الإشارة إلى تعبير الحقوق الأساسية، واستخدم في المادة الثانية^(١) منه تعبير «حقوق الإنسان غير القابلة للمساس *droits inviolables de l'homme*»، وحدد هذه الحقوق صراحة في المادة ١٣ وما بعدها من الدستور. وانتهج في هذا التحديد منهج التوسع في بيانها على وجه التفصيل. على أن التعبير الذي استخدمه الدستور الإيطالي فتح الطريق أمام القضاء الدستوري لاستخلاص ما يسمى بالحقوق الطبيعية التي قيل بأن الدستور قد أغفل بيانها^(٢). وإذا نظرنا إلى الدستور الألماني الاتحادي نجد أنه قد أورد ما أسماه بالحقوق الأساسية في المواد من ١ إلى ١٩ و ٤/٢٠ و ٣٣ و ٣٨ و ١٠١ و ١٠٣ و ١٠٤ مقتصرًا في بيانه على حقوق الإنسان التقليدية والتي تمثلت في جيلها الأول (الحقوق المدنية والسياسية) دون الحقوق الواردة في جيلها الثاني (الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، إلا أن وصف الدولة بأنها اشتراكية فتح الطريق أمام القضاء الدستوري لاستخلاص حقوق في الدولة حسبما يقتضيه النظام الاشتراكي^(٣). أما الدستور النمساوي فلم يعرف فكرة الحقوق

(١) نصت المادة الثانية من الدستور الإيطالي على أن الجمهورية تعترف وتكفل حقوق الإنسان غير القابلة للمساس بها سواء بصفته فردًا أو عضوًا في المجتمع أو في ممارسة شخصية.

(٢) انظر: G.Zagrebelsky; Object et portée de la protection des droits fondamentaux - cour constitutionnelle italienne (cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, 1987, p.307 - 308).

(٣) Hans G.Rupp; Object et portée de la protection des droits fondamentaux, Tribunal, constitutionnel fédéral allemand (cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, 1987, p. 244, 245)

الأساسية كاصطلاح فنى ، وإنما اقتصر في مقام بيان اختصاص المحكمة الدستورية على الإشارة إلى دورها عند انتهاك الحقوق التي يحميها الدستور (المادة ١٤٤ B - VG). ولكن يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية في النمسا تعتبر جزءا من القانون الاتحادى وتأخذ مرتبة الدستور الاتحادى . وقد تضمنت معاهدة فيينا لسنة ١٩٥٥ نصوصا تتعلق بالحقوق الأساسية سبق أن تضمنتها من قبل معاهدة سانت جيرمان كما كان انضمام النمسا إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان له أثره في توسيع نطاق هذه الحقوق^(١). على أن ذلك لم يمنع المحكمة الدستورية النمساوية من استخلاص حقوق أساسية ، مع شىء من التحفظ والحذر والمهارة . وإذا نظرنا إلى فرنسا نجد أن دستور الجمهورية الثالثة سنة ١٨٧٥ لم يشر إلى شىء من هذه الحقوق ، وجاء دستور الجمهورية الرابعة سنة ١٩٤٦ ، فأكدت ديباجته بصيغة رسمية الحقوق والحريات التي تضمنها إعلان الحقوق سنة ١٧٨٩ ، وأضافت إليه ما أسمته بالمبادئ الرسمية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية ، وجاء دستور فرنسا الحالى للجمهورية الخامسة سنة ١٩٥٨ ، فأحال في ديباجته إلى حقوق الإنسان التي تضمنها إعلان ١٧٨٩ وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦ ، وأنشأ المجلس الدستورى لممارسة رقابة دستورية على مشروعات القوانين بعد إقرارها من البرلمان وقبل إصدارها من رئيس الجمهورية . وقد تمكن المجلس الدستورى كما سنبين فيما بعد من إضفاء حماية دستورية على الحقوق المشار إليها في ديباجة الدستور واستخلاص عدد من الحقوق الدستورية من مواد الدستور الفرنسى . وجاء الدستور الاتحادى الأمريكى فنص على مجموعة من الحقوق والحريات ، ونص التعديل الرابع عشر للدستور على شرط استعمال الوسائل القانونية "Due process of law" ، لكى يستوعب ما لم يرد صراحة في سائر نصوص الدستور أو في إعلان الحقوق "Bill of rights" ، مما أعطى للمحكمة العليا الأمريكية سلطة واسعة في استخلاص الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور . وجاء الدستور الأسبانى فبدأ بتحديد الحقوق والواجبات الأساسية ، ثم ميز بين الحقوق الأساسية والحريات العامة (المواد ١٥ إلى ٢٩) وحقوق وواجبات المواطنين (المواد من ٣٠ إلى ٣٨) ، والمبادئ الحاكمة للسياسة الاجتماعية والاقتصادية (المواد من ٣٩ إلى ٥٢) . ولكن ذلك لم يمنع المحكمة الدستورية من التوسع في تفسير هذه الحقوق .

وجاء في الدستور المصرى (١٩٧١) ، فأبدى عناية فائقة بكفالة الحقوق والحريات

(١) Theo Öhlinger; Object en portée de la protection des droits fondamentaux, Cour constitu- tionnelle chienne. (في المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ٣٤٦).

المدينة والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية في كل من الباب الثانى الخاص بالمقومات الأساسية للمجتمع، والباب الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة، والباب الرابع الخاص بسيادة القانون. وبلغ الأمر إلى حد اعتبار الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من المقومات الأساسية للمجتمع. وفوق كل ذلك، فقد عنى الدستور في المادتين ١ و ٤ على تأكيد ديمقراطية نظام الحكم، وعنى في المادتين ٦٤ و ٦٥ بتأكيد سيادة القانون، مما أعطى المجال للمحكمة الدستورية العليا لاستخلاص مزيد من الحقوق والحريات أكدها الدستور بطريق غير مباشر.

١٥- الحقوق الأساسية

ترجع تسمية بعض الحقوق بأنها أساسية إلى وقت أن كانت حقوق الإنسان في جيلها الأول كحقوق مدنية وسياسية؛ إلا أن هذا المضمون قد لحقه التطور بظهور الجيل الثانى لحقوق الإنسان، ثم جيله الثالث. ولم يكن اصطلاح الحقوق الأساسية معروفا في فرنسا حتى السبعينيات، حيث بدأ في الظهور في كتابات الفقه القانونى كغطاء قانونى لفكر القانون الطبيعى لحقوق الإنسان. وتبدو الصعوبة في إيجاد منهج لاستخلاص ما يمكن اعتباره حقوقا أساسية بالمعنى القانونى. والواضح أن الحماية الدستورية للحقوق المستقاة من إعلانات حقوق الإنسان هي التى تكشف طابعها الأساسى، فإضفاء الحماية الدستورية على الحقوق هو الوسيلة الوحيدة لإعطاء هذه الحقوق قيمة أعلى من القيمة التى يمنحها التشريع العادى، ورفعها إلى قمة النظام القانونى. وقد تجلّى ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال ما تضمنته التعديلات الواردة على الدستور الأمريكى^(١). وفي إيطاليا، اعتبرت حقوقا أساسية كل الحقوق التى تنال حماية بواسطة المبادئ الدستورية، سواء نص عليها الدستور صراحة أو استخلصت ضمنا رغم ورودها في قوانين عادية، وذلك في ضوء ما نص عليه الدستور الإيطالى (المادة ٢) من أن الجمهورية تعترف وتكفل الحقوق المصونة للإنسان^(٢).

وفي ألمانيا، تعتبر حقوقا أساسية الحقوق التى تهدف إلى حماية حرية الفرد في مواجهة تدخل السلطة العامة. وقد أكدت المحكمة الدستورية الألمانية طبيعة هذه الحقوق

(١) Mark Janis, La notion de droits fondamentaux aux Etats - Unis d'Amerique, Actualité juridique, Juillet - Aout 1998, p.52-55.

(٢) Alessandro Pizzorusso, Les droits fondamentaux en Italie; Actualité juridique, Juillet - Aout 1998, pp. 56, 57.

ووظيفتها، قائلة بأن هذه الحقوق شخصية "Subjectifs" يمثل الأفراد فيها صفة الدائن وتمثل الدولة فيها صفة المدين، وأن وظيفة هذه الحقوق تتمثل في الدفاع عن الفرد ضد تدخل السلطة العامة في بعض المجالات، ولهذا سميت هذه الحقوق بأنها دفاعية "Défensifs". على أن المحكمة الدستورية الألمانية استعانت في بعض الأحوال بالوظيفة الموضوعية للحقوق في مجال حمايتها، فذهبت في حكم لها بأن حرية التعبير تستخدم للمساهمة في تشكيل الرأي العام، مما يجعلها تتمتع بقيمة أكبر من قيمة الاستعمال الخاص، وأنه لتحقيق هذا الهدف تتمتع هذه الحرية بقيمتها في الديمقراطية الحرة، وتتمتع بطابع مطلق في النظام الديمقراطي الحر. بل ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية في سنة ١٩٧٥ إلى أبعد من ذلك حين أكدت حماية الجنين إلى حد إلزام الدولة بضمان توقيع الجزاء الجنائي على الإجهاض سواء ما وقع من الأم أو من الغير^(١)، ثم أكدت هذه الحماية في حكم لها سنة ١٩٩٣ من خلال سلطة المشرع التقديرية في توقيع الجزاء الجنائي أو الاكتفاء بتدبير منعى وفقا لمبدأ التناسب^(٢). وأمام ظهور الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية (الجيل الثاني لحقوق الإنسان)، فإن الطابع الموضوعي للعدالة الاجتماعية أدى إلى الدعوة إلى الانتقال من الطابع الشخصي للحقوق الأساسية إلى أهمية مراعاة الظروف الاجتماعية، مما أدى إلى خلق واجبات إيجابية على الدولة تفرض عليها مراعاة العدالة الاجتماعية. ومع ذلك ظل القضاء الألماني متحفظا بشأن هذه الدعوة، إلى أن استقر الأمر على أن الاستجابة لمقتضيات العدالة الاجتماعية يعتبر التزاما موضوعيا يقع على عاتق المشرع يتعين عليه مراعاته، وتراقب المحكمة الدستورية مسلك المشرع في حالة الانتهاك الصارخ لهذا الالتزام أو في حالة الإهمال الجسيم المحقق^(٣).

(١) انظر الحكم رقم ٧ لسنة ١٩٧٥ للمحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية من خلال الرقابة المجردة على المادة ٢١٨ عقوبات لأنها لا تعاقب على الإجهاض الاختياري الذي يتم بواسطة طبيب خلال الاثنى عشر أسبوعا اللاحقين لحالة الحمل، على أساس أن الحق في الحياة يملكه كل كائن حي وليس الإنسان فحسب وأن الإجهاض يقع اعتداء على حق الجنين في الحياة بوصفه كائنا حيا. وقد ميزت المحكمة الدستورية الألمانية بين حق الإنسان في الحياة بوصفه حقا أساسيا (شخصيا) لارتباطه بالإنسان، وحق الكائن الحي (الجنين) في الحياة بوصفه حقا أساسيا (موضوعيا) لأنه يرتبط بالكرامة الإنسانية التي يحميها الدستور، والتي يتمتع بها الجنين. (انظر: Xavier Magnon, Wanda Mastor et Caterina Severino, Xe cours international de justice constitutionnelle - constitution et Bioéthique, Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1998, p. 436-440.

Xavier Magnon, Wanda Mastor et Caterina Severino, op. cit., pp. 443 - 447. (٢)

Olivier Jouanjan; La théorie allemande des droits fondamentaux, Actualité juridique, Juil- (٣)

let - Aout 1998, pp. 404 - 510.

انظر في الموضوع: Starck; La constitution cadre et mesure du droit, Economica, 1994, pp. 73 - 79.

وفي فرنسا، يسود الاتجاه بأن الحقوق «الأساسية» في النظام القانوني الفرنسي هي التي تتمتع أيضاً بالحماية الدستورية، وذلك بتشبيه ما هو أساسى بما هو دستوري، وذلك استناداً إلى تدرج القواعد القانونية في النظام القانوني، وأن ما يعتبر أساسياً في هذه القواعد هو ما يتضمنه الدستور وليس التشريع، مما يعنى أن الحقوق الأساسية لا تتصف بالأساسية إلا إذا قررها الدستور. وبالتالي، فإن الحقوق الأساسية تكون هي الحقوق الدستورية. وقد لوحظ أنه في بداية الرقابة الدستورية في فرنسا، اعتبر الطابع الأساسى للحقوق أساساً لدستوريتها، ثم تطور الأمر بعد ذلك واعتبرت الصفة الدستورية للحق مبرراً لإضفاء الطابع الأساسى عليه. وكنتيجة لذلك، قيل بأنه في إطار المنطق القانوني تبادل كل من السبب والأثر موقعه ودوره^(١). ولوحظ أنه إذا نظرنا إلى الطابع الأساسى من ناحية الجوهر، فإن هذا الطابع هو الذى يؤدي إلى الحماية الدستورية، بخلاف ما إذا نظرنا إلى هذا الطابع من ناحية الشكل، فإن صفة الدستورية هي التي تمنح هذا الطابع الأساسى. فإذا نظرنا إلى الناحية الجوهرية يمكن استخلاص الحقوق الأساسية ولو لم ترد في أحد نصوص الدستور، اعتماداً على وجود قاعدة غير مكتوبة يستخلصها القاضي. وقد استطاع المجلس الدستوري الفرنسي استخلاص بعض الحقوق الأساسية مما يقتضيه النظام العام، ومن قبيل ذلك الحق في أمن الأشخاص والأموال "Le droit à la sécurité des personnes et des biens"^(٢)، فقد استخلص المجلس الدستوري هذا الحق وأعطاه قيمة أعلى من حق الإضراب الذي يتمتع بقيمة دستورية، والذي يتعين وضع حدود له بإجراء التوازن الضروري بين الدفاع عن المصالح المهنية التي يعتبر الإضراب أحد وسائلها، وبين حماية المصلحة العامة التي قد يكون من شأن الإضراب المساس بها وعلى رأسها استمرار المرافق العامة. كما استخلص القضاء بعض الحقوق الأساسية من خلال المبادئ العامة للقانون، ومن قبيل ذلك الحق في المساواة^(٣).

وبوجه عام، فإنه إذا كان جوهر الحقوق الأساسية قد تحدد لحماية قيم مشتركة للحياة الإنسانية سواء في جانبها العضوي (الأمن وحرية الانتقال والسلامة المدنية ... إلخ)، أو في جانبها النفسي (الفكر والتعبير والخصوصية والاعتقاد)، فإنه قد تطور في جيله الثالث لكي يصبح هو الحق الجوهري اللازم للمجتمع بأسره "La société globale".

(١) انظر: Etienne Picard; L'émergence des droits fondamentaux en France, l'actualité juridique, Juillet - Aout 1998, pp. 11 et 12.

(٢) 80 - 117 Dc, 22 Juillet 1980, Recueil. Jur. const., (1959 - 1993), p.81.

Picard, op. cit., p.17.

(٣) انظر:

فكل ما يعتبر ضروريا لاستكمال الهياكل اللازمة للمجتمع ، يعتبر أمرا أساسيا ويتمتع بالقيمة الدستورية . وقد أشير في هذا الصدد إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، فقد أشارت في ديباجتها إلى أن المحافظة على الحريات الأساسية تعتمد على نظام سياسى ديمقراطى بمعنى الكلمة من ناحية ، ومن ناحية أخرى تعتمد على فكرة مشتركة واحترام مشترك لحقوق الإنسان . وهكذا ، فإن النظام القانونى للدولة الديمقراطية يمكن أن يتحول إلى مجموعة من الحقوق الأساسية^(١).

وتعتبر الحقوق الأساسية في هذا النطاق أساسا للدولة القانونية ، ويتجلى ذلك في العنصر الموضوعى لسيادة القانون^(٢) . فالدولة القانونية ليست قوقعة فارغة من المعنى أو تقبل الامتلاء بقيم أو حقوق مهما كان نوعها ؛ بل إنها نظام قانونى يقوم على احترام الحقوق «الأساسية» المسلم بها ديمقراطيا .

والخلاصة ، فإن نظرية الحقوق «الأساسية» تستمد جذورها من أفكار حقوق الإنسان ، وتعتمد على أساس من الديمقراطية ، وسيادة القانون . وتنال قيمة دستورية سواء وردت صراحة في نصوص الدستور ، أو استخلصت ضمنا من مبادئه الدستورية . وعلى هذا النحو ، فإن كافة الحقوق التى تتمتع بها الحماية الدستورية تعتبر حقوقا أساسية من الناحية الدستورية . فإذا نظرنا إليها من زاوية القانون الطبيعى أطلق عليها اسم «حقوق الإنسان» . وإذا كانت هذه الحقوق قد لحقها التطور عما جاء في القانون الطبيعى ، وعبرت عنها بعض إعلانات واتفاقات حقوق الإنسان ، فإن القوة القانونية لهذه المواثيق الدولية تعتمد من الناحية الشكلية على ما يعطيها إياها القانون الداخلى . دون إخلال بقيمتها الدستورية التى قد تستخلص ضمنا من المبادئ الدستورية . وتستمد الشرعية الدستورية لهذا التطور من المبادئ الدستورية للمجتمع الديمقراطى والتى لا تقف في وجه أى تطور يدعم الكرامة الإنسانية . وقد قيل بأن كل مجتمع لا تكفل فيه ضمانات الحقوق لا أثر فيه للدستور^(٣).

وواقع الأمر ، فإن الحقوق الأساسية بالمعنى الدستورى لها طابع موضوعى يستمد من أساسها الدستورى دون إخلال بطابعها الشخصى إذا كانت هذه الحقوق مستمدة من الجيلين الأول والثانى لحقوق الإنسان .

(١) انظر : Alain Seriaux, Laurent sermet et Dominique Viriot - Barrial, Droits et libertés fondamentaux, ellipses, 1998, pp. 13 et 14.

(٢) انظر ما تقدم بند ٦ ص ٢٥ .

(٣) انظر : Franck Moderne; Le juge de l'Administration et la liberté en France (IDEF, Le juge de l'espace francophone, 1999, p. 239).

١٦- الحريات

يتعذر إعطاء تعريف دقيق للحريات ، حتى قال البعض عنها بأنها إحدى الكلمات الرديئة التي تملك قيمة أكثر من معناها ، وتغني أكثر مما تتكلم ، وتطلب أكثر مما تجيب^(١). وقال عنها مونتسكيو بأنه لا توجد كلمة لقيت أكثر من معنى مختلف ، مما لقيته كلمة الحرية^(٢). وذهب البعض إلى أن المجلس الدستوري قد ساهم في غموض فكرة الحريات في تمييزه بين الحقوق والحريات الأساسية دون أن يبين مبرر هذا التمييز. وقد جرت عدة استخدامات لفكرة الحريات ، فقليل بالحريات العامة ، وقليل بالحريات الأساسية .

وبالنسبة للمعنى الأول للحريات فإنه يتحدد وفقا لمفهوم سياسي يشير إلى العلاقة بين الإنسان والسلطة ، ويحددها بقدر اعتراف الدولة ، مما يلزم معه أن تتدخل السلطة العامة لفرض الحماية القانونية لها وإلقاء واجبات عليها للتمكن من مباشرتها . ووفقا لهذا المفهوم تتمثل الحرية العامة في حرية الاشتراك في أعباء الحكم في صورة الحقوق السياسية مثل الحق في الانتخاب والحق في الترشيح ، كما تتمثل أيضا في الحرية الذاتية للفرد في مباشرة حقوقه في مواجهة السلطة دون تدخل منها ، مثل الحق في التنقل والحق في الحياة الخاصة . وقد ذهب رأى آخر إلى أن الحريات العامة هي مجموعة الحقوق الأساسية التي تعتبر في الدولة الحديثة الحرة لا غنى عنها لقيام حرية حقيقية . إلا أن هذا الرأى ينطوي على توسيع مدلولها على نحو يفقدها التماسك القانوني . ولهذا ذهب رأى آخر إلى قصر مدلول الحقوق الأساسية على ما يتعلق بالإنسان ، وأنه لذلك تعتبر جميع الحريات العامة حقوقا أساسية ، بخلاف جميع الحقوق الأساسية فإنها لا تعتبر بالضرورة حريات عامة . وتتميز الحريات العامة بأنها تتمتع بالحماية القانونية من الدولة في مواجهة السلطة العامة^(٣) ، وبغير ذلك تظل الحرية في نطاق ما يسمى بالحق الطبيعي^(٤).

(١) انظر: Michel Verpeaux; la liberté, l'actualité juridique, juillet - Aout 1998, p.144.

(٢) Montesquieu, L'Esprit des lois, XI, II.

(٣) انظر في عرض هذه الاتجاهات :

Gilles Lebreton, Libertés publiques et droits de l'homme, édition, Paris, 1995, pp. 12-19 .

(٤) Michel verpeaux, op. cit., p.144.

ويترب على إضفاء الحماية القانونية على الحرية اختلاط معناها بمعنى الحق وتداخل المعنيين في مضمون مشترك، ذلك أن التزام الدولة - والغير - بسلك إيجابى في مواجهة صاحب الحق، هو من مميزات الحق. فإذا توافرت هذه الخصيصة للحرية سميت بأنها حرية عامة، واختلطت بالحق. هذا بالإضافة إلى أن كلا من الحق والحرية يعطى لصاحبه مكنة أو صلاحية ممارسته باختياره؛ ولهذا تعتبر الحرية حقاً، فيقال بالحق في الحرية وبداخل كل حق يوجد نوع من حرية الاختيار يملكه صاحبه في تحديد المضمون الذى يمارسه. ولهذا، فإن الحقوق تتصف بالتعددية والتنوع وفقاً لمضمونها. فبالنسبة إلى حق التعليم، فإنه حق دستورى تلتزم الدولة بتوفيره، إلا أنه فيما يتعلق بمضمون هذا الحق، يملك صاحبه الحرية في اختيار نوع التعليم و المدرسة التى يتلقى فيها تعليمه^(١). وبالنسبة إلى الحق في التعبير، فإنه حق دستورى تلتزم الدولة بتوفيره، إلا أن صاحبه يملك حرية تحديد مضمون هذا التعبير. ومن ثم، فإن الحريات تندرج تحت مفهوم الحقوق، وتتميز في قدرة صاحبها على اختيار منهج معين في ممارسة بعض الحقوق تحت مظلة الحماية القانونية. وبناء على ذلك، فإن الحريات والحقوق من واد واحد وفقاً لتقسيمات الحقوق. وتلتزم الدولة بتوفيرها والتمكين لها^(٢). وتعال الحريات على هذا الأساس حماية دستورية سواء بناء على القواعد الدستورية، أو استخلاصاً من المبادئ الدستورية. فالحريات على هذا النحو ركن ركين في النظام الدستورى ولا تتوقف على إرادة المشرع العادى الذى يتكفل فقط بمجرد تنظيمها^(٣).

ويلاحظ أن الدستور المصرى في الباب الثالث (المواد ٤٠ - ٦٢) تحت عنوان الحريات والحقوق والواجبات العامة لم يميز بين ما يعتبر حقاً وما يعتبر حرية، ولكنه تضمن أنواعاً من الحريات هى الحرية الشخصية (المادة ٤١)، وحرية العقيدة (المادة

Michel Verpeaux, op. cit., p.144.

(١)

Rivero, la jurisprudence du conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la (٢) déclaration de 1789, (conseil constitutionnel, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 Mai 1989, PUF, 1989).

Sériaux, Sermet et Viriot - Barrial, Droits et libertés fondamentaux, op. cit., p.8.

Franck Moderne, op. cit., pp. 238, 239.

(٣) انظر:

(٤٦)، وحرية الرأي (المادة ٤٧)، وحرية الصحافة والطباعة والنشر (المادة ٤٨)، وحرية البحث العلمي (المادة ٤٩)، وتضمن أنواعا من الحقوق هي الحق في المساواة (المادة ٤٠)، والحق في حرمة المسكن (المادة ٤٤)، والحق في الحياة الخاصة (المادة ٤٥)، وحق المواطن في عدم إبعاده عن البلاد (المادة ٥١)، وحق الهجرة (المادة ٥٣)، وحق الأجنبي في اللجوء السياسي، وحق الاجتماع الخاص (المادة ٥٤)، وحق تكوين الجمعيات (المادة ٥٥)، وحق إنشاء النقابات والاتحادات (المادة ٥٦)، وحق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاءات (المادة ٦٢).

ويبين من استقراء الحريات التي كفلها الدستور المصري أن تحديد مضمون الحريات ينال قسطا أكبر من التقدير والاختيار من صاحبها، بخلاف الحقوق فإن مضمونها لا يتوقف ممارستها على هذا القسط من التقدير والاختيار.

ومن ناحية أخرى، فإن ما أثير من جدل حول الطابع الأساسي للحقوق ينطبق كذلك على الحريات حيث وصفت بـ «الأساسية»، حين تنال قيمة دستورية. والواقع إنه في مجال الحماية الدستورية لا مجال للتمييز بين ما هو أساسي أو غير أساسي في مجال الحقوق والحريات. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر شمول الحقوق والحريات لكل من الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^(١). إشارة لاستيعابها حقوق الإنسان في جيلها الأول والثاني، وتأكيدها لطابعها الأساسي طالما أنها نالت الحماية الدستورية^(٢).

١٧- دور القوانين المكملة للدستور في تحديد نطاق الحقوق والحريات الأساسية

عرف الدستور المصري ما يسمى بالقوانين المكملة للدستور في معرض بيانه لما يؤخذ فيه رأى مجلس الشورى (المادة ١٩٥) وقد عرف الدستور الفرنسي ما يسمى بالقوانين العضوية (Lois organiques) - وتخص هذه القوانين في إعدادها والتصويت عليها لإجراءات تختلف عن تلك التي تخضع لها القوانين العادية. وقد حدد الدستور الفرنسي

(١) المحكمة الدستورية العليا في ٢ مارس سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٣٠ ص ٥٢٠.

(٢) انظر ما تقدم بند ١٥.

نطاق تطبيق القوانين العضوية بالموضوعات المتعلقة بتنظيم السلطة التنفيذية (المواد ٦ و ١٣ و ٢٣)، وتنظيم السلطة التشريعية (المواد ٢٤ و ٢٥ و ٢٧ و ٣٤) وتنظيم المجلس الدستوري (المادتان ٥٧ و ٦٣) وتنظيم السلطة القضائية (المادتان ٦٤ و ٦٥) وما يتعلق ببعض المجالس والتنظيمات الخاصة (المادتان ٧١ و ٨٢).

وقد أخذ الدستور الإسباني الصادر سنة ١٩٧٨ بفكرة القوانين العضوية وعرفها بأنها القوانين المتعلقة بتطور الحقوق الأساسية والحريات العامة والتي تتعلق أيضا بالانتخابات العامة (المادة ٨١) وأضاف هذا الدستور موضوعات أخرى أوجب تنظيمها بقانون أساسي الاستفتاء (المادة ٩٢/٣) وإعلان الأحكام العرفية (المادة ١١٦/١؛ وتنظيم القضاء (المادة ١٢٢) وتنظيم المحكمة الدستورية العليا (المواد ١٦١ و ١٦٢ و ١٦٥) وغير ذلك من الموضوعات^(١).

وفي رأينا أن تحديد القوانين المكمللة للدستور يتوقف على معيارين متكاملين أحدهما شكلي والآخر موضوعي. أما المعيار الشكلي فيبدو في النصوص الدستورية غير الصالحة للتطبيق بذاتها مباشرة والتي تحتاج إلى قانون يحدد مضمونها وشروطها، مثال ذلك الحق في التنقل (المادة ٤١)، وحرمة المساكن (المادة ٤٤)، والحق في الحياة الخاصة (المادة ٤٥)، وحرية الصحافة (المادة ٤٨)، والحق في الاجتماعات العامة (المادة ٥٤).

ويلاحظ في هذا الصدد أن المعيار الشكلي ينصرف إلى القانون فيما يتعلق بتحديد مضمون الحق وشروطه لا فيما يتصل بالمسائل التنظيمية التي لا تمس الحق في جوهره. ويتجلى المعيار الموضوعي فيما يتعلق بالوظيفة الأساسية للدستور، بوصفها عملاً ينظم سلطات الدولة واختصاصاتها وعلاقات بعضها ببعض، ويحمي الحقوق والحريات. وفي هذا الصدد نصت المادة (١٦) من إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن بأن كل مجتمع لا تكفل فيه الحقوق ولا يتحدد فيه الفصل بين السلطات يعتبر خالياً من الدستور.

وفي هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ١٥ مايو ١٩٩٣^(٢) إلى أن شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكملًا للدستور:

(١) انظر الدكتور على عبد العال سيد أحمد في فكرة القوانين الأساسية، سنة ١٩٩٠، ص ٢٦ و ٢٧.
(٢) في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ٢٢ ص ٢٦٠.

(أولهما) : أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقا لقانون أو في الحدود التي يبينها القانون أو طبقا للأوضاع التي يقررها . فإن هو فعل ، دل ذلك على أن التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى .

(ثانيهما) : أن يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها ، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية ، والتي يتعين لكى يكون التنظيم التشريعى محكما لها أن يكون محددًا لمضمونها مفصلا لحكمها مبينا لحدودها ، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازما كأمر مبدئى يتعين التحقق من توافره قبل الفصل في أى نزاع حول ما إذا كان القانون المعروض أولا يعد مكملا للدستور ، إلا أنه ليس وحده شرطا كافيا ، بل يتعين لاعتبار القانون كذلك ، أن يقوم الشرطان معا متضافرين استبعادا لكل قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية بل يكون غريبا عنها مقحما عليها . واجتماع هذين الشرطين مؤداه أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور ، والتي يتعين أن يؤخذ في مشروعاتها رأى مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية ، ليس شكليا صرفا بل يجب أن تتوافر فيها العناصر الموضوعية التي أوضحنا بيانها .

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا في مصر لم تحدد المقصود بالقواعد الكلية التي تتضمنها الوثائق الدستورية عادة ، وضربت مثلا لذلك هو ما يتعلق بصون استقلال السلطة القضائية . ويدخل في إطار هذه الوظيفة ما يتعلق بتحديد الحقوق والحريات ، ونرى - كما بينا من قبل - أن هذه القواعد الكلية هي التي تتصل بالوظيفة الأساسية للدستور - لا تلك التي أضفى عليها الدستور مجرد قيمة دستورية . وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا حين قصرت المعيار الموضوعى على القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية ، مما يفيد عدم التقييد بكل القواعد التي تضمنها الدستور .

وفي ضوء ما تقدم لا يعتبر قانونا مكملا للدستور ، القانون الذى لم يتطلب الدستور صدوره في مسألة بعينها ، ولا القانون المتصل بقاعدة دستورية من غير القواعد الكلية التي جرت الوثائق الدستورية عادة على تضمنها ، ولا القانون الذى لا تربطه صلة

عضوية بتلك القواعد الكلية، كالقانون الذى يصدر إعمالاً لنص المادة ١٤ من الدستور محددًا أحوال فصل العاملين بغير الطريق التأديبي، والقانون الصادر فى شأن العفو الشامل على ما تقضى به المادة ١٤٩ من الدستور أو القانون الذى ينظم التعبئة العامة وفقاً لنص المادة ٨١ منه. وهما مثالان أوردهما حكم المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر.

ويلاحظ أن القوانين المكملة للدستور تأخذ مرتبة القوانين العادية، ومن ثم فيجوز التفويض فيها من مجلس الشعب طبقاً للمادة ١٠٨ من الدستور، إلا أن تعديلها يتطلب اتخاذ الإجراء نفسه اللازم لصدورها ابتداءً، وهو أخذ رأى مجلس الشورى، إلا أنه لا يشترط أخذ رأى مجلس الشورى عند التفويض فى هذا النوع من القوانين، باعتبار أن الدستور قد أورد على سبيل الحصر الأحكام الواردة بالدستور فى المواد الخاصة بمجلس الشعب والى تسرى فى شأن مجلس الشورى، وليست المادة ١٠٨ من بين هذه المواد (انظر المادة ٢٠٥ من الدستور).

ولا تملك القوانين المكملة للدستور سوى قوة القانون^(١). ولا يجوز تعديلها إلا بنفس الإجراءات المقررة لإصدارها (أى بعد أخذ رأى مجلس الشورى). ومخالفة هذه القوانين فى لائحة لا تعتبر فى ذاتها مخالفة دستورية إلا بقدر انتهاكها للمبدأ الدستورى الذى نظمته القانون المكمل للدستور، وإن كان فى ذاته يعتبر سبباً لعدم مشروعيتها بسبب عدم تقيدها بأحكام القانون، وهو ما يستقل بتقريره القضاء العادى المختص.

وفى صدد هذه القوانين يباشر مجلس الشورى بوصفه مجلساً نيابياً اختصاصاً تشريعياً، طالما أن رأيه فى مشروعاتها يعتبر خطوة ضرورية فى البنيان الدستورى للقانون.

ومن ناحية أخرى، لا يلزم عرض القرارات التى تكون لها قوة القانون والى إصدارها رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور، على مجلس الشورى إذا كانت لها قوة القوانين المكملة للدستور^(٢)، وذلك باعتبار أن المادة ١٤٧ قد أوجبت عرض هذه

(١) انظر بشأن القوانين الأساسية فى فرنسا:

Camby J.P; La loi organique dans la constitution de 1958, Revue de droit public et de la science politique, No. 5, 1989, p.14 25

(٢) وهو ما ذهبت إليه هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا فى تقريرها عن الدعوى الدستورية رقم ١٤ سنة ١٧ قضائية «دستورية».

القرارات على مجلس الشعب وحده في مواعيد معينة وفقا لأوضاع معينة ، كما أن نص المادة ١٩٥ من الدستور لم يحتتم أخذ رأى مجلس الشورى إلا في مشروعات القوانين المكملة للدستور. وليست القرارات التى لها قوة القوانين بمشروعات قوانين . كما أن تحديد اختصاص مجلس الشورى مستمد من الدستور على الوجه المبين به . ولا يجوز القياس فى مسائل الاختصاص ، بالإضافة إلى أن أخذ رأى مجلس الشورى ضمان لازم فى بيان القانون المكمل للدستور عند إنشائه ، لا فى إقرار ما تم من قرارات لها قوة هذا القانون مما تحكمه حالة الضرورة . هذا فضلا عن أن المادة ٢٠٥ من الدستور التى نصت على سريان بعض المواد الخاصة بمجلس الشورى لم تتضمن المادة ١٤٧ من الدستور.

المبحث الثاني

التحديد الدستوري غير المباشر

للحقوق والحريات

١٨- دور القضاء الدستوري

تكفلت الرقابة على دستورية القوانين بالتدقيق في تطوير مفهوم الحقوق والحريات التي يجب أن تحظى بالقيمة الدستورية ، فلا يمكن أن تعلق سيادة القانون إلا بتوطيد قيم الحقوق والحريات في النظام القانوني الديمقراطي . فكل من الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور لها أثر حاسم على مسيرة الديمقراطية وممارسات سلطات الدولة . وعلى سبيل المثال ، فإن حرية التعبير ، وحرية الاجتماع ، والمساواة ، وحقوق الدفاع تعتبر حاجزا في مواجهة السلطة . ومن ثم كان تحديد ما يعتبر أساسيا في الحقوق والحريات مما يحميه الدستور ، أمرا محوريا ولازما لحسن إدارة سلطات الدولة (١) .

والدستور هو المرجع في تحديد الحقوق والحريات ، فالتشريع حين يوفر ضمانا للحقوق والحريات يضمن ممارسة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور على وجه معين في حدود سلطته التقديرية (٢) .

فالدستور هو مصدر الحقوق والحريات ، والتشريع ينظم ممارستها ، وفي سبيل ذلك

(١) انظر : Pierre Fouche; contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les états de droit: convergence des solutions en occident et idées pour l'Afrique des droits fondamentaux, les droits fondamentaux, Actes des 1 ères journées scientifiques du réseau droits fondamentaux de l'Aupelf - UREF tenues à Tunis du 9 au 12 Octobre 1996, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 349.

(٢) انظر : François Luchaire; le conseil constitutionnel, Tome II, Jurisprudence, première partie: l'individu, Economica, 1998, p.63.

يمكن أن يكون مصدراً لضماناتها . وهو في تحديده لهذه الضمانات يجرى الموازنة الضرورية بين احترام الحقوق والحريات ، وبين حماية النظام العام أو المصلحة العامة ، والتي بدونها لا يمكن ضمان ممارسة هذه الحقوق والحريات^(١).

ولقد أدى القضاء الدستوري دوراً حاسماً في تطوير معنى ونطاق الحقوق والحريات التي يجب أن تكفلها الدولة ، حتى قيل بأن تأكيد القضاء الدستوري لحقوق الإنسان ودعمها الشديد يعتبر أحد الظواهر الملحوظة في القانون الدستوري المعاصر^(٢).

على أن القضاء الدستوري اتجه ابتداءً إلى الاعتماد في تحديد هذه الحقوق والحريات على إرادة المشرع الدستوري ، من خلال ما يضعه من قواعد في صيغة النص الدستوري ، وهو ما نسميه بالأساس الشكلي للشرعية الدستورية . وقد أدى هذا الاتجاه إلى أن يعتمد القاضي الدستوري في تفسيره لنصوص الدستور على البحث عن نية واضعي نصوص الدستور . وكان من أهم أمثلة هذا الاتجاه الدول التي مارس فيها القضاء العادي مهمة الرقابة على دستورية القوانين ، من تلقاء نفسه ، دون نص صريح يعطيه هذا الاختصاص . فمثلاً ، جرى قضاء المحكمة العليا الأمريكية بادئ الأمر إلى اعتناق اتجاه ضيق في التفسير ، فذهب إلى أن مبدأ المساواة في العنصر لا يتعارض مع التمييز العنصري^(٣) ، لكي تعتنق مبدأ المساواة مع التفرقة (Equal but separate) ،

François Luchaire, op. cit., p.84.

(١)

(٢) جاء ذلك في الخطبة التي ألقاها Paladin في ٥ يونيو سنة ١٩٨٦ بمناسبة مرور ثلاثين عاماً على ممارسة المحكمة الدستورية الإيطالية لمهامها .

(Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1986, p.639 - 700.

Plessy v. ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

(٣)

حيث ذهبت المحكمة العليا الأمريكية في هذه القضية إلى أن التعديل الدستوري الرابع عشر استهدف تحقيق المساواة المطلقة بين العنصرين (الأبيض والملون) أمام القانون ، ولكن طبيعة الأشياء تحول دون إلغاء التمييز المبني على اللون ، وأن الفصل بين مقاعد كل من الركاب البيض والملونين في وسائل النقل لا يعنى تقليل قيمة أحد العنصرين بالنسبة إلى الآخر . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا مخالفة لمبدأ المساواة في قانون الولاية الذي يمنع مدرسة خاصة من التدريس للبيض والسود معاً .

(Berea college V. kentucky, 211 U.S.45 (1908).

وقد عدلت المحكمة الاتحادية العليا عن هذا القضاء سنة ١٩٥٤ في قضية Brown v. board of education حيث أكدت هذه المحكمة أن إنكار تكافؤ الفرص بين البيض والسود في تعليم متساو وتحت تأثير العنصر فقط سوف يؤدي إلى تعميق الشعور بالانحطاط لدى العنصر الأقل حظاً مما يخل بمبدأ المساواة أمام غيره .

وأن عقوبة الإعدام ليست مخالفة للدستور فيما يتعلق بمنع العقوبة القاسية . وقد عدلت المحكمة العليا الأمريكية عن هذا الاتجاه بعد ذلك ، فأكدت تفوق حقوق الإنسان ، وأدجت مبدأ الحرية الشخصية الذى نص عليه التعديل الرابع عشر للدستور الخاص بالولايات الأمريكية ، مع جميع الحريات الأخرى التى كفلتها التعديلات العشرة الأولى للدستور الأمريكى والتى تتعلق بالقوانين الاتحادية فقط ^(١) .

وعلى هذا المنوال ، اتجه القضاء فى بداية النصف الثانى من القرن العشرين فى كل من أستراليا ونيوزيلندا والدانمارك إلى اتباع منهج التفسير الضيق لنصوص الدستور فيما يتعلق بالحقوق والحريات الأساسية .

كما ظهر هذا الاتجاه على يد القضاء الهولندى إلى أن تم تعديل الدستور سنة ١٩٧٥ . وسارت على ذلك المحكمة الفيدرالية السويسرية ، والمحاكم العليا فى أمريكا اللاتينية . ولم يقف الأمر عند القضاء العادى عند ممارسة سلطة الرقابة على دستورية القوانين فى اعتناق هذا التفسير الضيق ، بل اتبع كذلك هذا المنهج فى التفسير بعض القضاء الدستورى المتخصص ، مثال ذلك المحكمة الدستورية فى النمسا حتى الثمانينيات حيث ذهبت فى تفسير النصوص الدستورية المتعلقة بحقوق المواطن الواردة فى القانون الأساسى الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٨٧ إلى الاعتماد على الأفكار التى عبر عنها واضعو الدستور ، كما قضت فى حكمها الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٧٤ بشأن قانون يعاقب على الإجهاض ، بأن المحكمة مازالت متمسكة بقضائىها الذى ينصرف إلى تحديد الحقوق الدستورية بالحقوق التى تسمح للمواطنين بحمايتهم فى مواجهة الدولة ، دون الحقوق التى تتطلب تدخل الدولة لمصلحتهم ^(٢) .

كما سار المجلس الدستورى فى فرنسا بادئ الأمر فى ذات الاتجاه ، فرفض التسليم بدستورية حقوق الإنسان التى لم ترد صراحة فى نصوص الدستور ^(٣) .

(١) The constitution of the United States, annotations of cases decided of by the supreme court of the United States to June 29, 1992, U.S. Government, printing office, Washington, 1996, p.723.

(٢) انظر فى هذا الموضوع :

Michel fromont, la justice constitutionnelle dans le monde , op. cit., p.115-117.

(٣) انظر : Michel Framon, la justice constitutionnelle dans le monde, Dalloz, 1996, p. 116.

إلا أن هذا الاتجاه في التفسير الضيق لنصوص الدستور لم يدم طويلا ، فقد اتجه القضاء الدستوري في كثير من البلاد إلى التوسع في التفسير بالنسبة إلى تحديد الحقوق والحريات^(١).

وقد ذهبت بعض السدساتير إلى تقنين هذا التفسير الواسع في تحديد الحقوق والحريات ؛ فنص دستور كل من أسبانيا والبرتغال على مبدأ أن النصوص المتعلقة بالحقوق «الأساسية» يجب تفسيرها وفقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان (وأضاف إليها الدستور الأسباني المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان) . ومن ناحية أخرى ، أقام الدستور الأسباني تدرجا بين هذه الحقوق ، فحدد نوعا من الحقوق يمكن الدفاع عنه مباشرة أمام القضاء من خلال دعاوى الأفراد ، ونوعا آخر من الحقوق يقيده المشرع فقط ، إلا أنه لا يمكن إثارته أمام القضاء إلا بالطريق الذي حدده القانون

(١) وقد أخذ بهذا التفسير الواسع كذلك القضاء الدستوري في ألمانيا وإيطاليا . ومن أمثلة ذلك أن المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية استخلصت حقا جديدا لم يرد صراحة في الدستور الألماني هو الحق العام في الشخصية الذي يعطى كل فرد حقا في احترام شخصيته ، وخاصة فيما يتعلق بالحق في حياته الخاصة (Fromont, chronique, revue de droit public, 1975, p. B 9).

انظر: R.Herzog, Rapport Allemand, Annuaire International de Justice constitutionnel, Economica, 1990, p.18.

كما اتجهت المحكمة الدستورية الإيطالية في حكمها رقم ٥٦١ الصادر سنة ١٩٨٧ إلى إقرار الحق في الحرية الجنسية ضمن الحقوق التي لها حرمتها "Droits inviolables" والمنصوص عليها في المادة الثانية من الدستور.

انظر: M. Fromont, constitutionnelle dans le monde, op. cit., p. 118.

واستخلص جانب من الفقه الدستوري الإيطالي إلى أنه يمكن استخلاص حقوق لها حرمتها (أو حقوق أساسية) لم ترد صراحة في الدستور . وقد لوحظ أن إضفاء القيمة الدستورية على هذه الحقوق لم يعتمد على المادة ٢ من الدستور الإيطالي ، وإنما على مصادر أخرى منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سنة ١٩٦٦ .

انظر: Massimo Luciani, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.162 - 166

كما اتجهت المحكمة الفيدرالية السويسرية إلى إضفاء القيمة الدستورية على كثير من الحقوق مثل حق الملكية ، والحرية الشخصية ، وحرية التعبير ، وحرية اللغة ، وحرية الاجتماع ، وحرية الإعلام ، وقالت المحكمة إن الحرية غير المنصوص عليها هي أحد الشروط اللازمة لمباشرة غيرها من الحريات أو هي عنصر لازم في النظام الديمقراطي .

(M. Fromont, op. cit., p. 119.

انظر:

Arthur Haefliger, Rapport suisse, Annuaire constitutionnelle, 1990, p.195 - 215. وانظر:

(المادة ٥٣). كما اهتمت المحكمة الدستورية الإيطالية بتطوير مفاهيم قانون العقوبات الإيطالي المسمى بتقنين Rocco الذي صدر سنة ١٩٣٠ إبان عهد الدكتاتورية الفاشية، على نحو تتفق فيه مع المبادئ الديمقراطية، فأكدت على ضمانات حقوق الدفاع، وأعلنت بطلان النصوص التي خولت الشرطة سلطات واسعة على المواطنين^(١)، وذلك قبل صدور الدستور الإيطالي الحالي الذي كفل صراحة المبادئ الديمقراطية للحقوق والحريات.

وهكذا، فإن القضاء الدستوري لم يعتمد في تحديد الحقوق والحريات على قواعد الدستور، بل اعتمد على مبادئه العامة التي يستخلصها من الدستور ذاته.

وسوف نرى كيف أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد أقامت في مقام تفسير الحقوق والحريات على منهج يجمع بين كل من فكرة القانون الطبيعي حول حقوق الإنسان كما رددتها إعلانات حقوق الإنسان، وفكرة العالمية التي عبرت عنها جميع مواثيق حقوق الإنسان، وفكرة الوضعية القائمة على النظام الديمقراطي، ومبدأ سيادة القانون (في الدولة القانونية).

وفيما يلي نعرض لمنهج كل من المحكمة الدستورية العليا في مصر، والمجلس الدستوري في فرنسا، والمحكمة العليا الأمريكية. وكل من هذه الجهات يمثل نموذجاً فريداً في القضاء الدستوري.

١٩- موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر

حددت المحكمة الدستورية العليا في مصر^(٢) مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدول القانونية عليها، وتقيدها، في ضوء المستويات التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها. ففي هذه القاعدة القانونية لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية.

(١) Antonio Baldessare, The impact of the constitutional court on the Italian code and constitutional principles, (Nouvelles études pénales, le systèmes comparés de justice pénale et la diversité au rapprochement, no. 17 1998, p. 342).

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية في ٤ يناير ١٩٩٢ و ٢ يناير سنة ١٩٩٣ سالف الذكر.

وانتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أن خضوع الدولة للقانون يعنى عدم إخلال تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة . ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى كفلها الدستور . وفى هذا المعنى نص الإعلان العالمى للديمقراطية الذى أقره مجلس الاتحاد البرلمانى الدولى فى دورته الحادية والستين بعد المائة (القاهرة فى ١٦ سبتمبر ١٩٩٧) على أن الديمقراطية لا تنفصم عن الحقوق المنصوص عليها فى الوثائق الدولية ، وأنها تقوم على سيادة القانون ومباشرة حقوق الإنسان (المادتان ٦ و ٧ من الإعلان)^(١) .

وواضح من هذه المعانى أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد اتخذت المستوى الذى تلتزم به الدول الديمقراطية فى قواعد القانونية وفى احترام حقوق المواطنين والحريات معيارا وضابطا لرقابتها الدستورية على القواعد التشريعية التى تتعلق بهذه الحقوق . وهذا الذى أخذت المحكمة الدستورية يتعلق بسلطتها فى تفسير القواعد الدستورية ولا يعنى مطلقا أن إعلانات حقوق الإنسان أو الاتفاقيات المتعلقة بها لها قيمة دستورية فى حد ذاتها .

ومؤدى هذه النظرية أن المحكمة الدستورية العليا تتمسك بحقوق الإنسان المسلم بها فى الدول الديمقراطية . وقد وصل بها الأمر تطبيقا لهذا المبدأ إلى عدم الوقوف عند معنى الحرية الشخصية التى كفلها الدستور، بل اشترطت ألا تخل التشريعات بالحقوق التى تعتبر وثيقة الصلة بهذه الحرية الشخصية رغم عدم ورودها صراحة فى نصوص الدستور المصرى ، ومنها ألا تكون العقوبة الجنائية التى توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة فى ذاتها ، أو ممعنة فى قسوتها^(٢) ، أو متضمنة معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد^(٣) ،

(١) وقد أكد المستشار عوض المر الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا فى مصر فى تقريره المقدم إلى لجنة الخبراء التى وضعت الأساس الفكرى الذى انبثق منه الإعلان العالمى للديمقراطية ، أن الديمقراطية تتضمن الحقوق والحريات التى تهدف إلى إتاحة الفرصة لجميع الأفراد لممارسة نفوذهم ورقابتهم على الحكومة . (Union Parlementaire, La Democratie, Geneve, 1998, p. 49.)

(٢) (انظر المادة ٧) من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ .

(٣) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ سنة ٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ (العدد ٤) ، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢) .

وآلا يكون النص العقابى غامضا بحيث يخفى مضمونه على أوساط الناس باختلافهم حول فحواه ومجال تطبيقه وحقيقته ما يرمى إليه^(١).

ومن تطبيقات هذا المنهج فى التفسير الواسع فى مجال الإجراءات الجنائية؛ استخلاص مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد^(٢)، وعدم جواز تقييد حرية المتهم فى إبداء دفاعه فى مدة معينة يحددها القانون^(٣) مما لا يجوز معه تقييد حق المتهم بالقذف بطريق النشر فى حق كل موظف عام ومن فى حكمه فى إثبات صحة الوقائع التى يستند إليها عند أول استجواب له وعلى الأكثر فى الخمسة الأيام التالية (المادة ١٢٣ لإجراءات)، وحق كل متهم فى اختيار محاميه الذى يكون محل ثقته، مما لا يجوز معه لقانون المحاماة أن يحظر على فئة من المحامين مباشرة المهنة أمام المحاكم الجزئية أو الابتدائية أو ما فى حكمها^(٤)، وسلطة القاضى فى تفريد العقاب استخلاصا من مبدأ معقولية العقوبة وإنسانيتها^(٥). كما استخلصت المحكمة من الحق فى محاكمة عادلة (منصفة) الحق فى سرعة الفصل فى الدعوى^(٦).

٢٠- موقف المجلس الدستورى الفرنسى

لا خلاف حول القيمة الدستورية للحقوق والحريات العامة التى يتضمنها الدستور. وإنما يدق الأمر بالنسبة إلى ما لم ينص عليه الدستور، فقد لوحظ أن نصوص

-
- (١) دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، ٢ يناير ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية. الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢).
 - (٢) دستورية عليا فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد (٩ تابع). ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» سالف الذكر.
 - (٣) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٨ فبراير سنة ١٩٩٣ (العدد ٧).
 - (٤) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية».
 - (٥) دستورية عليا فى ٢ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، و ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، وأول سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية. وقارن عكس ذلك قرار المجلس الدستورى فى فرنسا الصادر فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١. (Rec., p.15).
 - (٦) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٨) فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨.

الدستور في هذا الشأن قد تكون غير كافية مما جعل المجلس الدستوري يتجه إلى إعطاء القيمة الدستورية إلى الحقوق والحريات التي تضمنها إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن الصادر ١٧٨٩^(١)، ومقدمة دستور ١٩٤٦، التي أشارت إلى المبادئ الأساسية المعترف بها في تشريعات الجمهورية. كما أعلن المجلس الدستوري كذلك عدم دستورية النصوص التي تخالف مقدمة دستور ١٩٨٥ التي أوردت تمسك الشعب الفرنسي بحقوق الإنسان^(٢).

وأكد المجلس الدستوري أيضا دستورية مبدأ حماية الكرامة الإنسانية من واقع مقدمة ودباجة دستور ١٩٤٦^(٣). كمبدأ دستوري بمناسبة قانونين سنة ١٩٩٤ يتعلقان بحماية جسم الإنسان في مواجهة التبرع واستخدام أعضائه في العلاج، وبمناسبة قانون عام ١٩٩٥ يتعلق بالحق في السكنى، حيث أكد حق كل إنسان في مسكن لائق، حماية لكرامته الإنسانية^(٤).

ومن ناحية أخرى، اعتمد المجلس الدستوري على مبدأ (الحرية الشخصية) المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور لكي يستخلص منها عدداً من الحقوق الدستورية مثل الحق في الحياة الخاصة^(٥)، والحق في الحصول على مسكن ملائم^(٦). واتجه المجلس الدستوري في ١٨ سبتمبر ١٩٨٦ إلى الربط بين القيم الدستورية والديمقراطية، فقرر أن تعدد تيارات التعبير الاجتماعي الثقافي هو بذاته أحد أهداف القيمة الدستورية، وأن احترام هذا التعدد هو أحد شروط الديمقراطية. وقيل بأن هذا الاتجاه سمح للمجلس الدستوري أن يعطى توجيهات إلى المشرع حول ما يجب أن يكون عليه مضمون النصوص التي تتعلق بأهداف القيمة الدستورية^(٧). واستخلص المجلس

Decision No. 74 - 54 Dc. du 15 janvier 1975, Recueil Jur. const (1959 - 1993), p.30. (١)

J.Rivero; Les Libertés publiques, T. I., 1973, p. 147, 148. (٢)

D. Rousseau, "Chronique de Jurisprudence Constitutionnelle, 1993 - 1994, R.D.P., 1995, (٣) p. 55.

Déc. No. 94 - 343 - 344 du 27 Juillet 1994. وانظر: (٤)

La dignité de la personne humaine, Economica, 1999, op. cit., p.4. (٤)

Dec. 93 - 325 D.C. du 13 aout 1993, Recueil Jur. const., p.539. (٥)

Dec. 94 - 359 D.C. du 19 Janvier 1995, J.O., 1995, p. 1166. (٦)

Droit Constitutionnelle et droits de l'homme, Rapport Francais 11 congrés Mondial de (٧)

L'Association de droit constitutionnelle Paris 1987, collection droit positif, 1987, p. 263.

الدستورى من مقدمة دستور ١٩٤٦ التى أشارت إلى المبادئ الأساسية المعترف بها فى تشريعات الجمهورية، أن حماية حرية الاجتماع تتضمن أيضا حماية العناصر المقررة فى تشريع أصدرته الجمهورية الفرنسية فى أول يولية سنة ١٩٠١ ومقتضاه أن حرية تكوين الجمعيات تتم بغير شكليات وبغير إخطار سابق، وأن الشخصية القانونية للجمعية تتم بمجرد إعلان وجودها. وقضى المجلس الدستورى بناء على ذلك بعدم دستورية النص التشريعى الذى أوجب مباشرة إجراء معين خاضع لرقابة القضاء حتى تكتسب الجمعية شخصيتها القانونية^(١).

وباستقراء قرارات المجلس الدستورى الفرنسى نجد أنه قد أقر بوجود نوعين من المبادئ الدستورية فى صدد الحقوق والحريات: نوع أول يضم فى الدستور مباشرة الحقوق والحريات المحمية، مثل حق الملكية، والحق فى الإضراب، والحرية الشخصية. وهذه المبادئ لها قيمة دستورية مؤكدة. أما النوع الثانى من المبادئ فهى وإن كانت غير محمية مباشرة فى الدستور، إلا أن المجلس الدستورى وجدها بمثابة المتحدث الدستورى "porte parole Constitutionnel" لمبادئ أخرى نص عليها الدستور مباشرة^(٢).

فمثلا بناء على مبدأ المساواة الذى نص عليه الدستور راقب المجلس الدستورى مدى دستورية مبدأ محاكمة المتهمين أمام محكمة متعددة القضاة^(٣). وبناء على مبدأ

Décision No.84 - 174 du 25 Juillet 1984, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.188. (١)

وقد لاحظ المجلس الدستورى أن إقليمى اللزاس واللورين مازالا محكومين بقانون ألمانى صدر فى ١٩ إبريل سنة ١٩٠٨ أخضع وجود الجمعية على شرط تسجيلها الخاضع لرقابة إدارية وقضائية، وذهب المجلس الدستورى إلى أن هذا القانون يخالف الشروط اللازمة لإعمال الحريات العامة فى مجموع الأراضى الفرنسية، إلا أنه لم يستطع أن يقضى بعدم دستوريته وذلك لأن المجلس الدستورى يأخذ بنظام الرقابة السابقة. وقد عبر المجلس الدستورى عن أسفه لذلك، وخاصة أن القانون الألمانى سالف الذكر لم يكن له تأثير على القانون المطعون عليه أمام المجلس الدستورى والذى كان متعلقا فقط بالعلاقة بين الجمعية وموظفيها.

انظر قرارى المجلس الدستورى فى ١٩ إبريل سنة ١٩٩٤، وفى ٢ أغسطس سنة ١٩٩١ مشارا إليها فى: F. Luchaire, op. cit., pp.66,67.

Nicolas Molfessis; La Dimension constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux, (٢) (Droits et libertés fondamentaux, sous la Direction de Remy Cabrillac, Marie - Anne Erison - Roche, Thierry Revet, Salloz, 1996, p.59.

Déc No. 75 - 56 du 23 Juillet 1975, Recueil jur. const., (1959 - 1993), (٣)

حرية الالتزام بالعمل استخلص المجلس الحماية الدستورية لبعض مظاهر حرية التعاقد^(١).

والخلاصة فإن المجلس الدستوري يستخلص الحقوق والحريات المحمية بالدستور، من مبادئ الدستور التي تضمنتها نصوصه مباشرة، أو من مقدمته التي أحالت إلى مفهوم حقوق الإنسان؛ كما وردت في إعلان حقوق الإنسان والمواطن؛ وكذا المبادئ الأساسية المعترف بها في تشريعات الجمهورية، وغيرها مما ورد في مقدمة دستور ١٩٤٦، أو كنتيجة لازمة لحقوق أخرى نص عليها الدستور صراحة.

٢١- المحكمة العليا الأمريكية

وفي الولايات المتحدة الأمريكية اتجهت المحكمة الاتحادية العليا منذ بداية السبعينيات في مقام تحديد المقصود بالحرية إلى أن فكرتها تتجاوز مجرد التحرر من تقييد حركة الإنسان لكي تتضمن تقريبا كل الحقوق التي تهم الفرد. واتجهت المحكمة العليا إلى أن العبارات التي نص عليها التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي بالنسبة إلى شرط استعمال الوسائل القانونية "Due process of Law" الذي يضمن تطبيق العنصر الموضوعي لمبدأ سيادة القانون (وهو حماية الحقوق والحريات)، تنصرف إلى فكرة واحدة تتضمن جميع المصالح ذات القيمة الإنسانية، والتي تندرج تحت مجموعة حقوق الإنسان.

وتطبيقا لذلك استخلصت المحكمة العليا الأمريكية القيمة الدستورية للحق في الحياة الخاصة "Right of Privacy" من شرط استعمال الوسائل سالفة الذكر^(٢)، وأضافت المحكمة العليا بأن الحقوق المتعلقة بالشخص هي فقط التي تعتبر حقوقا أساسية أو حقوقا ضمنية للحق في (الحرية) الذي كفله التعديل الدستوري الرابع عشر^(٣).

وفي المجال الجنائي عيّنت المحكمة العليا الأمريكية في مجال استخلاص الحقوق

Gerald Gunther, Individual Rights in constitutional Law, 1992, pp. 254, 255. (١)

Eisenstadt V. Baird, 405, U.S., 438 (1972). (٢)

Roe V. Wade, 410 U.S. 113, 153 (1973).

Palko V. connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937). (٣)

والحريات الأساسية بأن تبحث فيما إذا كان التشريع مطابقا لشرط الوسائل القانونية أم لا. وفي هذا الصدد انتهت إلى أن التشريع الذى يكتنفه الغموض فى النص يعتبر مخالفا لهذا الشرط^(١).

كما أكدت المحكمة العليا الأمريكية أن شرط الوسائل القانونية الوارد فى التعديل الدستورى الرابع عشر ليس مقيدا بالضمانات الواردة فى إعلان الحقوق Bill of rights^(٢).

وخلاصة ما تقدم، أن استخلاص مضمون الحقوق والحريات لا يتوقف على ما نص عليه الدستور الأمريكى بتعديلاته المختلفة، ولا يتوقف على ما تضمنه إعلان الحقوق، وإنما يتسع لما يتضمنه شرط الوسائل القانونية، مما يعطى للمحكمة سلطة واسعة فى استخلاص المراد بهذه الحقوق والحريات حتى تتحقق سيادة القانون. ويضاف إلى ذلك التوسع فى تفسير مدلول الحرية لاستخلاص بعض الحقوق والحريات.

* * *

وفى ضوء ما تقدم يبين أن كلا من المحكمة الدستورية العليا فى مصر، والمجلس الدستورى فى فرنسا، والمحكمة الاتحادية العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية، لم يتقيد فى مجال التفسير بما ورد صراحة ومباشرة فى نصوص الدستور بشأن الحقوق والحريات التى تضمنها الشرعية الدستورية، بل تم استخلاص هذه الحقوق من مجموعة من المعايير تستخلص من إعلانات حقوق الإنسان؛ والتفسير الواسع لبعض الحقوق، بما يؤدى إلى استخلاص حقوق أخرى ترتبط بها ارتباطا لازما، ومقتضيات الدولة القانونية، والديمقراطية. ويكشف هذا الاستخلاص حقيقة هامة هى التلازم بين الطابع الأساسى للحقوق والحريات والحماية الدستورية، فكل ما يعتبر أساسيا ينال قيمة دستورية، والعكس بالعكس ويعتمد الطابع الأساسى على معايير حقوق الإنسان، و الدولة القانونية، والديمقراطية. فجميع حقوق الإنسان يعتبر لازما للدولة

Cantwell V. connecticut, 310 U.S. 296, 308 (1940).

(١)

Chambers V. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973).

(٢)

Mullaney V. Wilbu, 421 U.S. 684 (1975).

Hicks V. Oklahoma, 447 U.S. 343 (1980).

القانونية (أى لسيادة القانون) وفقا لمفهوم الديمقراطية، ومن ثمّ تعتبر حقوقا (وحرّيات) أساسية؛ فتتال القيمة الدستورية تبعا لذلك بناء على قيام الدستور على مبادئ ثلاثة هي حقوق الإنسان، وسيادة القانون، والديمقراطية.

وكل هذه المعايير الثلاثة متساندة متكاملة؛ فسيادة القانون والديمقراطية تتطلب احترام الحقوق والحرّيات التي ترتد إلى مفهوم حقوق الإنسان وأبعادها المتطورة. فالدولة ذات المجتمع الديمقراطي هي التي يتذوق فيها الإنسان حقوقه المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لأن الدول الدكتاتورية لا تعرف حقوق الإنسان بمعناها الحقيقي.

وإذا كانت الشرعية الدستورية للحقوق والحرّيات تتركز على الوثيقة الدستورية، فإن الشرعية الدولية لحقوق الإنسان تركز أساسا على كل من ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان (١٩٤٨)، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦)، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (١٩٦٦). فقد تضمنت هذه الوثائق الدولية الأربع حقوق الإنسان بما يجعلها مدونة عالمية للحقوق الإنسانية^(١). وبالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة (١٩٤٥) فلقد أكد مقصد الأمم المتحدة في تعزيز احترام حقوق الإنسان والحرّيات الأساسية للناس جميعا على ذلك دون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، أو تفرقة بين الرجال والنساء (المادة ١/٣)، كما أكدت (المادتان ٥٥ و ٥٦) حق الشعوب في تقرير المصير وفي احترام حقوق الإنسان. ولقد أكدت محكمة العدل الدولية على القوة الالزامية لحقوق الإنسان التي وردت في ميثاق الأمم المتحدة، فقضت في حجز الرهائن الأمريكيين في إيران (USA vs, Iran) بأنه من الخطأ حرمان الإنسان من حريته وإخضاعه للقهر العضوى في ظروف صعبة لا تتفق بوضوح مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة، ولا مع المبادئ التي أوردها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(٢).

وسوف نرى كيف أن بعض الدساتير أقامت وحدة بين كل من الشرعية الدستورية للحقوق والحرّيات والشرعية الدولية لحقوق الإنسان، مثل الدستور الألماني.

(١) انظر الدكتور الشافعى محمد بشير - قانون حقوق الإنسان - طبعة ١٩٩٢ ص ٣٠.

ICJ Reports, 1980, p. 42.

(٢)

وانظر في محكمة العدل الدولية وآرائها الاستشارية في هذا المعنى: Nagendra Singh, Human Rights and the Future of Mankind, vanity Books, Delhi, 1981, p. 22- 28.

٢٢- حدود القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان

تستمد القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي من القانون الداخلي الذي يمنحها هذه القوة. وقد خلا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ من تحديد كيفية تنفيذه، فهو لا يعتبر اتفاقية دولية ولم يكن محلاً لتصديق الدول الأعضاء. ولهذا ذهب البعض^(١) إلى أن هذا الإعلان شأنه شأن غيره من إعلانات حقوق الإنسان - له تأثير أدبي وفلسفي محض، وأنه مجرد بيان بالغ العمومية يعبر عن مبادئ غامضة لا يتضمن نصوصاً محددة قابلة للتنفيذ بل يحوى مجرد تأكيدات لمبادئ معينة. على أن محكمة العدل الدولية أكدت على الأهمية القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ في قولها بأن هذا الإعلان يبين (المبادئ الأساسية للقانون الدولي^(٢)). وفي نطاق الفقه الفرنسي ذهب العميد ديجي^(٣) إلى أن إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٧٨٩ يلزم المشرع لأنه يعبر عن قواعد قانونية أعلى مرتبة من القوانين العادية بل هو أعلى من القانون الدستوري نفسه ويتميز عنه. وجاء هوريو^(٤) فأكد بدوره أن سكوت الدستور الفرنسي عن ذكر حقوق الإنسان لا يحول دون اعتبار القانون الطبيعي الذي يعبر عنه إعلان ١٧٨٩ أسماً من الدولة. وقد جاء الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٨ كما بينا من قبل فنص في مقدمته على أن الشعب الفرنسي يعلن تمسكه بصفة رسمية بحقوق الإنسان المبينة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن في ٢٦ أغسطس سنة ١٧٨٩، وكذلك المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية (وخاصة تلك التي قررتها الجمهورية الثالثة) والمبادئ ذات الطبيعة الاقتصادية والاجتماعية التي تضمنتها مقدمة الدستور الصادر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦. وبناء على ذلك استقر المجلس الدستوري الفرنسي على عدم دستورية القانون الذي يخالف مقدمة هذا الدستور^(٥).

(١) A. Esmein; Elements de droit constitutionnel, 8 ed. T.I., pp. 591 et S. R. Carre Dr. Mal- berg, contribution a la théorie de l'Etat, t. II, pp. 578.

(٢) Nagendra Singh, p. suiv.

(٣) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3 ed., t. III, pp. 599 et S.

(٤) Hauriou; droit constitutionnel et l'institutions politiques, 1966, p. 189.

(٥) A. Esmein; Elements de droit constitutionnel, 8 ed. t. I. pp. 591 et S.R. Carré Dr. Mal- berg, contribution a la théorie de l'état, t. II, pp. 578.

وإذا نظرنا إلى الدستور الألماني نجد أنه في المادة ٢٥ منه قد نص على أن القواعد العامة في القانون الدولي التي تتضمن عناصر حماية حقوق الإنسان لها أثر مباشر في الجمهورية الاتحادية الألمانية وتطبق مباشرة في المحاكم الألمانية. وبذلك استخلص الفقه الألماني أن القواعد العامة للقانون الدولي التي تحمي حقوق الإنسان لها قيمة دستورية في ألمانيا الاتحادية^(١).

وفي البرتغال نص الدستور على أنه تعتبر مخالفة دستورية كل القواعد التي تخالف نصوص الدستور أو المبادئ التي أكدها. وقد ثار البحث في ضوء ذلك حول مدى اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على دستورية التشريع للاتفاقية الدولية. وفي هذا الصدد اختلف موقف الدائرة الأولى للمحكمة الدستورية البرتغالية عن موقف دائرتها الثانية. فبينما ذهبت الدائرة الأولى في عدة أحكام متتالية، إلى أن مخالفة أية اتفاقية دولية بواسطة التشريع الداخلى تؤدي إلى عدم دستورية القواعد التشريعية المخالفة، وتخضع للرقابة الدستورية للمحكمة^(٢)؛ فقد ذهبت الدائرة الثانية بطريقة مضطربة إلى أن العيب الذى يشوب القاعدة التشريعية المخالفة للاتفاقية الدولية مهما وصف بعدم الدستورية غير المباشرة لا يخضع إلا للرقابة الدستورية التبعية أمام المحاكم العادية^(٣) (وهو ما تأخذ به البرتغال بجانب الرقابة الدستورية أمام المحكمة الدستورية).

على أنه بالنسبة لمخالفة القواعد الخاصة باتفاقية إنشاء المجتمعات الأوروبية، فإنه طبقاً للمادة ٨ من الدستور البرتغالى تطبق قواعد هذه الاتفاقية فى النظام القانونى الداخلى، مما أدى إلى اعتبار مخالفتها انتهاكاً للقواعد الدستورية التى تحدد علاقة التدرج بين مختلف القواعد القانونية^(٤).

(١) Roman Herzog, Rapport Allemand; Annuaire International de justice constitutionnelle, 1990, p.22.

(٢) الأحكام رقم ٢٧ (١٩٨٤)، ٦٢/١٩٨٤ و ٢٤ سنة ١٩٨٥ و ٢٤٠ سنة ١٩٨٦ مشار إليها في: Almeida; Le Tribunal constitucional Portugais, Annuaire International de Justice constitutionnel, Economica, 1987, p. 203.

(٣) الأحكام رقم ٤٧ سنة ١٩٨٤ و ٨٨ سنة ١٩٨٧ و ٢٥٢ سنة ١٩٨٦ مشار إليها في: Almeida, op. cit., p. 203.

Almeida, op. cit., p. 204. (٤)

وبالنسبة إلى الدستور النمساوى الاتحادى ، فقد نصت المادة ١ / ٩٥ منه على أن المبادئ العامة للقانون الدولى العام تعتبر جزءاً لا يتجزأ من القانون الاتحادى . وذهبت المحكمة الدستورية الألمانية بناء على ذلك إلى أن المبادئ العامة للقانون الدولى تأخذ قوة القانون الاتحادى ، ولا تخضع مخالفتها للرقابة الدستورية^(١).

وبالنسبة إلى الدستور الأسباني فقد نصت المادة ١٠ / ٢ منه على أن القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية والحريات التى عرفها الدستور تفسر وفقاً للإعلان العالمى لحقوق الإنسان وفقاً للمعاهدات والاتفاقيات الدولية حول الموضوعات نفسها . على أن ذلك لم يمنع من القول بأن نصوص المعاهدات الدولية ليست لها قيمة دستورية^(٢).

وإذا نظرنا إلى الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ نجد أن وثيقة إعلانه قد أشارت إلى التزام جماهير شعب مصر أن تبذل كل الجهود لتحقيق الحرية الإنسانية المصرية وإدراك أن إنسانية الإنسان وعزته هى الشعاع الذى هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى ، وأن كرامة الفرد انعكاس طبيعى لكرامة الوطن ، «ذلك أن الفرد هو حجر الأساس فى بناء الوطن ، وبقيمة الفرد وبعمله وبكرامته تكون مكانة الوطن وقوته وهيبته ، وأن سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد . فحسب ، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت . وهذه المقدمة فيها تأكيد واضح على الالتزام بالحرية للإنسان المصرى وبكرامته وقيمته . ولكنها لا تحيل بشكل واضح إلى أية وثيقة من وثائق حقوق الإنسان . على أن مقدمة الدستور وحدها لاتتضمن قواعد دستورية قائمة بذاتها ولكنها تعبر عن مبادئ دستورية ، وإنما تحدد المقاصد التى عنها المشرع الدستورى من هذه القواعد . وسوف نرى فيما بعد عند تحديد مناهج الرقابة الدستورية أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد اعتبرت مقدمة الدستور جزءاً فى الوثيقة الدستورية من حيث التعبير عن مقاصد القواعد الدستورية التى تضمها^(٣).

(١) انظر: Siegbert Morscher, Rapport Autrichien, Annuaire International de la Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.56.

(٢) Rodriguez - Piner Y Bravo Ferre et J. Leguina villa, Annuaire Internationale de la Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.119.

(٣) انظر دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٧ (تابع) فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ .

وقد رأينا كيف أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد استخلصت الحقوق والحريات من طبيعة النظام الديمقراطي وجعلت لما استخلصته قيمة دستورية تلتزم بمراعاتها التشريعات، ولكن ذلك لا يعنى أن الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان لها في حد ذاتها قيمة دستورية ملزمة.

وواقع الأمر، أنه إذا كانت إعلانات حقوق الإنسان تمثل عرضاً أخلاقياً وفلسفياً لهذه الحقوق، فإن الدستور فيما يتعلق بها يعتبر تقنياً للسلوك السياسى يخاطب سلطات الدولة.

وقد حاول البعض أن يصور هذه الحقوق على أن القواعد التى تتضمنها فوق الدستور (normes supra - constitutionnelles)، باعتبارها حقوقاً طبيعية. ولكنه كما لوحظ بحق أنها حقوق طبيعية لأن الشعب أراد ذلك "c'est naturel parce que vous le voulez"، فلا شئ فوق إرادة الشعب، وهذه الإرادة هى التى تضع الدستور^(١).

٢٣ - الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

ويلاحظ أنه بالنسبة إلى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، و نعنى بذلك العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ والعهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (١٩٦٦) فضلاً عن بعض الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان^(٢)، فإنها تتميز بذاتها بالصفة الإلزامية كجزء من القانون الداخلى بعد اتخاذ

(١) انظر: Serge Anné, Existe il des normes supra - constitutionnelles Revue de droit public, 2, 1993, p. 16 - 112.

(٢) مثل اتفاقية منع الاتجار بالأشخاص واستغلالهم في الدعارة (١٩٤٩)، واتفاقية الحقوق السياسية للمرأة (١٩٥٢)، واتفاقية وضع الأشخاص عديمى الجنسية (١٩٥٤)، واتفاقية جنسية المرأة المتزوجة (١٩٥٧)، واتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية (١٩٦١)، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (١٩٦٧)، والاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (١٩٥١) والبروتوكول (١٩٥٣) واتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لعام ١٩٦٢ واتفاقية حقوق الطفل (١٩٥٩). هذا بالإضافة إلى الاتفاقية الخاصة بمنع الرق (١٩٢٦) والبروتوكول (١٩٥٣) والاتفاقية التكميلية (١٩٥٦)، واتفاقيتى الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابى (١٩٤٨ و ١٩٤٩)، واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (١٩٤٨) واتفاقية منع السخرة (١٩٥٧) واتفاقية التمييز في مجال الاستخدام والمهنة (١٩٥٨) والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى (١٩٦٥) والاتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصرى (١٩٧٣) واتفاقية سياسة المعالة (١٩٩٤) واتفاقية علاقات العمل (١٩٧٨) واتفاقية منع التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو المهينة (١٩٨٤).

الإجراءات الدستورية التي تعطيها هذه الصفة (انظر المادة ١٥١/٢ من الدستور المصري). وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ بالإشارة إلى الحقوق التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية في مقام الحديث عن الحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدولة الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان. على أنها أكدت القيمة الدستورية لهذه الحقوق لا على أساس اعتبار أن القواعد في هذه الاتفاقيات لها قيمة دستورية في حد ذاتها، وإنما على أساس آخر هو أن التسليم بالحقوق — لا بالقواعد الدولية — في الدولة الديمقراطية يعتبر مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وهو ما يعنى الجمع في فكر واحد بين الديمقراطية وسيادة القانون (عماد الدولة القانونية)، فهما في حقيقة الأمر متلازمان مترابطان. فالحقوق لها قيمة دستورية باعتبارها أحد مفترضات النظام الديمقراطي، أما أداة التعبير الصريح عن هذه الحقوق وهى الاتفاقيات الدولية فليست لها قيمة دستورية. فالحقوق ذات القيمة الدستورية وإن تجسدت من الناحية المادية في الاتفاقيات الدولية، إلا أن استخلاصها بطريق غير مباشر من النظام الديمقراطي للدولة ومن مبدأ سيادة القانون، يعنى أن مصدرها هو الدستور لا الاتفاقيات الدولية. على أنه يجب التنويه إلى موقف خاص بالدستور الفرنسى في هذا الصدد، فقد نصت (المادة ٥٥) من هذا الدستور على أن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية لها مرتبة أسمى من مرتبة التشريعات. وقد استخلص من ذلك أن حقوق الإنسان التى نصت عليها المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية تتمتع بقوة قانونية أسمى تفوق قوة التشريع. وقد أخذ بذلك النظام القانونى البلجيكى، كما قضت محكمة النقض البلجيكية بوضوح تفوق قواعد القانون الدولى الواردة فى المعاهدات على قواعد القانون الداخلى.

وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٨٦ مبدأ سمو القانون الدولى على القانون الداخلى تطبيقا (للمادة ٥٥) من الدستور الفرنسى سالفه الذكر. ومع ذلك فإن هذا السمو له حدوده، فهو لا يصل إلى مرتبة القانون الدستورى الداخلى^(١)، فلقد نصت (المادة ٥٤) من الدستور على أنه إذا تضمن الاتفاق الدولى

(١) ولهذا قضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن مهمته تنحصر فى التحقق من مطابقة التشريع للدستور، لا مطابقة التشريع للاتفاقيات الدولية.

شرطاً يخالف الدستور، فإن الترخيص بالتصديق أو الموافقة عليه لا يصح قبل تعديل الدستور^(١).

وقد رأينا كيف أن قواعد القانون الدولي تأخذ مرتبة دستورية في بعض الدساتير مثل الدستور الألماني^(٢).

وفي مصر لا تسمو المعاهدات ولا الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، بل تكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة (المادة ١٥١ من الدستور). ومن ثم فإنها تخضع للشرعية الدستورية.

وإذا نظرنا إلى القوة الإلزامية للمعاهدات أو الاتفاقيات الدولية، نجد أن نفاذ هذه المعاهدات أو الاتفاقيات إلى القانون الداخلي يتم بإرادة الدولة لا بقوة المعاهدة أو الاتفاقية في حد ذاتها قبل أن تدخل نطاق التشريع الداخلي وفقاً للدستور، وذلك بأحد طريقين:

(الأول): وقد اعتنقته بعض الدول مثل المملكة المتحدة وألمانيا، ويقضى بأنه يتعين لتطبيق القاضى الوطنى للاتفاقية الدولية أن يحولها المشرع إلى تشريع وطنى داخلى. ولا يؤدى التصديق على الاتفاقية إلى اعتبارها جزءاً فى القانون الداخلى.

(الثانى): وقد اعتنقته بعض الدول الأخرى، ويقضى بأن الاتفاقية الدولية تعتبر جزءاً من التشريع الداخلى بمجرد التصديق عليها وفقاً للإجراءات المنصوص عليها فى الدستور، مثال ذلك مصر، بلجيكا، بولندا، سويسرا، تركيا، لوكسمبورج، فرنسا، أسبانيا وإيطاليا^(٣).

وقد لوحظ فى أوروبا تعدد الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان. فبالإضافة إلى العهدين الدوليين للأمم المتحدة بشأن الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية الصادرين لسنة ١٩٦٦ وجدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠، واتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لمجتمعات الدول المستقلة (والتي كانت جزءاً من الاتحاد السوفيتى سابقاً) لسنة ١٩٩٥. وظهرت

Droit constitutionnel et droits de L'homme, op. cit., p. 265.

(١)

(٢) انظر بند ٢٢ فيما تقدم.

Jacques Robert, Rapport Général, op. cit., pp.793-797.

(٣)

على هذا النحو ظاهرة التطور السريع لما يسمى بالقانون الدولى لحقوق الإنسان "Droit International des droits de L'homme". وأصبح أمام القاضى الوطنى عديد من النصوص الدولية لحقوق الإنسان. ولاشك أن تعدد الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان قد يثير بعض المشكلات القانونية خشية تضاربها.

ومعالجة هذه المشكلة يجب أن يتم بمنطق يختلف عن منطق القانون الدولى التقليدى، وذلك لأن اتفاقيات حقوق الإنسان تتعلق بعلاقة الأفراد بدولهم بغية تمتعهم بأفضل معاملة لحقوقهم فى مواجهة الدولة، وتعتبر جزءا من القانون الداخلى لأطرافها. هذا بخلاف الحال فى بعض الاتفاقيات الدولية الأخرى فإنها تفرض التزامات متقابلة بين الدول المتعاقدة.

وقد ثار البحث حول مدى تأثير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على الأنظمة الدستورية لهذه الحماية. ولاشك أن هذا التأثير يتوقف على موقع هذه الاتفاقية فى مصادر القانون فى الأنظمة الدستورية الأوروبية^(١).

وبداية، فإن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبرت جزءا من النظام القانونى لعدد من الدول الأوروبية (بلجيكا، ألمانيا، أسبانيا، اليونان، إيطاليا، لوكسمبورج، البرتغال، هولندا، فرنسا). وتأخذ قواعد هذه الاتفاقية مرتبة أعلى من مرتبة القواعد التشريعية "Supralégislatif" فى بلجيكا وأسبانيا وفرنسا واليونان ولوكسمبورج وهولندا والبرتغال، وتأخذ مجرد مرتبة القواعد التشريعية فى ألمانيا وإيطاليا. بينما لم تعتبرها بعض الدول الأوروبية (الدانمرك، أيرلندا، المملكة المتحدة) جزءا فى قانونها الداخلى، إلا أن ذلك لم يحل دون تأثيرها على القضاء الوطنى فى هذه الدول، فقد أخذ هذا القضاء بعين الاعتبار لما تتضمنه من قواعد، فى مقام تفسير القانون الداخلى حتى لا يتناقض مع قواعد هذه الاتفاقية^(٢). ومن ناحية أخرى فقد نصت الاتفاقيات على مجموعة من الضمانات لكى تلتزم الدول الأعضاء فيها باحترام حقوق الإنسان التى نصت عليها^(٣).

(١) Joél Rideau; La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la communauté Européenne et des Etats membres, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1991, p.11-64.

Joél Rideau, op. cit., p.12.

(٢)

(٣) Joe Verhoeven; Les garanties internationales des droits fondamentaux, (L'effectivité انظر: des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, 1994, op. cit., pp. 439 - 446).

وفى مقام مدى اعتبار الحقوق والحريات التى تتضمنها الاتفاقية جزءاً من الكتلة الدستورية للحقوق والحريات اختلفت مواقف الدول .

ففى فرنسا رفض المجلس الدستورى اعتبار تطبيق هذه الاتفاقية خاضعاً لرقابته الدستورية ، معتبراً ذلك أمراً يدخل فى اختصاص القضاء العادى^(١) . وفيما يتعلق بأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى إستراسبورج ، فإنها لا تحوز سوى حجية نسبية للأمر المقضى ، إلا أنها تسهم فى إيضاح وحماية وتطوير قواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وتسهم فى فرض احترامها بواسطة الدول الأعضاء^(٢) .

وقد لوحظ أن المحاكم الدستورية الأوروبية قد استعانت بقواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فى مقام تفسير النصوص الوطنية وذلك مع مراعاة قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى إستراسبورج . وقد تجلّى ذلك بوضوح فى قرارات المجلس الدستورى الفرنسى فيما يتعلق بمبدأ المساواة أمام القانون^(٣) وأمام القضاء^(٤) ، واحتجاز الأجنبى الذى تقرر إبعاده^(٥) ، وشروط القبض الذى يمارسه مأمور الضبط القضائى^(٦) ، وإبعاد الأجانب^(٧) . وتأكد ذلك أيضاً فى محكمة التحكيم البلجيكية ، والمحكمة الدستورية الألمانية التى أشارت إلى أحكام المحكمة العادلة (المنصفة) فى مدة قصيرة ، وأصل البراءة^(٨) . كما تأثرت المحكمة الدستورية الأسبانية بالضمانات التى نصت عليها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فى ضوء أحكام المحكمة الأوروبية ، مثال ذلك ما يتعلق بتعبير المحكمة المحايدة ، ومدى جواز الجمع بين وظيفتى قاضى التحقيق وقاضى الحكم . وقد تعددت إشارة المحكمة الدستورية الأسبانية إلى قضاء

(١) أكد ذلك فى قراره الصادر فى ١٥ يناير سنة ١٩٧٥ .

Décision 74 - 54 du 15 Janvier 1975.

Joël Rideau, op. cit., p.17.

(٢)

وقد أشار إلى حكم المحكمة الأوروبية فى قضية أيرلندا ضد المملكة المتحدة الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٨ .

Décision No. 86 - 209 Dc du 3 Juillet 1986, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.266.

(٣)

Décision No. 80 - 127 Dc des 19 - 20 Janvier 1981, Recueil, op. cit., p.91.

(٤)

Décision No. 79 - 109 Dc du 9 Janvier 1980, Rec. p.29, décision No. 86 - 216 Dc du 3

(٥)

Septembre 1986, Rec. p.141.

Déc. No. 80 - 127 Dc du 19 - 20 Janvier 1985, Rec. p.15.

(٦)

Déc. No.86 - 216 Dec du 3 Septembre 1986, Rec. p.135.

(٧)

Joël Rideau, op. cit., p.21.

(٨)

المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعتماداً على نص المادة ١٠ / ٢ من الدستور الأسباني الذى ينص على أن القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية والحريات التى نص عليها الدستور سوف يتم تفسيرها وفقاً للإعلان العالمى لحقوق الإنسان ووفقاً للمعاهدات والاتفاقيات الدولية التى وردت على ذات الموضوع والتى صدقت عليها أسبانيا . ومع ذلك فقد ثار البحث عن أثر استقلال المحكمة الدستورية فى تفسيرها لحقوق الإنسان مع تفسير محكمة حقوق الإنسان الأوروبية لهذه الحقوق وعن أثر حكم هذه المحكمة بناء على طلب الأفراد إذا تناقض مع تفسير المحكمة الدستورية الوطنية ، وخاصة أن النظام الدستورى الوطنى لا يخضع لقضاء جهة أجنبية . وقد أدى تناقض القضاء الدستورى الوطنى حول حقوق الإنسان مع قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى إظهار الحاجة إلى ما يسمى بميثاق أوروبى قضائى للحقوق والحريات^(١).

وقد جرت المحكمة الدستورية الإيطالية على استخدام القواعد الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لتفسير وتحديد الضمانات الدستورية والتشريعية لحقوق الإنسان . كما أن المحكمة الدستورية البرتغالية قد استخدمت إعلان حقوق الإنسان مقياساً لتفسيرها اعتماداً على المادة ١٦ من الدستور التى تنص على أن الحقوق الأساسية التى نص عليها الدستور لا تستبعد أية حقوق أخرى وردت فى التشريعات والقواعد القانونية الدولية المطبقة ، وأن القواعد الدستورية والتشريعية المتعلقة بحقوق الإنسان يجب تفسيرها وتطبيقها وفقاً للإعلان العالمى لحقوق الإنسان^(٢).

ويثور البحث إذا ما واجهت القاضى الوطنى عدة اتفاقيات دولية مختلفة لحقوق الإنسان أصبحت جزءاً لا يتجزأ من التشريع الداخلى . هنا يجب عليه أن يعمل على إزالة أى تضارب أو تناقض بينها . فإحدى الاتفاقيات قد تفرض حماية أوسع مما تفرضه اتفاقية أخرى .

لقد لوحظ فى معظم الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان مبدأ تفوق ما يسمى بالشرط الأكثر صلاحية «La clause la plus favorable» فى صيغ مختلفة تحدد الاتفاقية الواجبة التطبيق فى حالة التناقض بين الاتفاقيات . وهناك نوعان من هذه

Jacque Robert, Rapport Général op. cit., pp.761,762.

Joël Rideau, op. cit., p.21 - 23.

(١) انظر:

(٢) مشار إليها فى مقال:

الصيغ، إحداهما تكفل تفوق اتفاقية أخرى على الاتفاقية الموقعة حديثاً، والأخرى تكفل تفوق اتفاقية معينة على غيرها من الاتفاقيات. وبالنسبة إلى النوع الأول من الصيغ فقد نصت المادة ٣٠/٢ من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات صراحة على أنه إذا نصت معاهدة على خضوعها لمعاهدة سابقة أو لاحقة أو على عدم جواز اعتبارها غير متفقة مع معاهدة أخرى، تطبق نصوص هذه المعاهدة. كما لوحظ في معظم معاهدات (اتفاقات) حقوق الإنسان وجود هذه الصيغة من الشرط الأكثر صلاحية. مثال ذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (المادة ٦٠)، والاتفاقية الأمريكية (المادة ٢٩)، والميثاق الاجتماعي الأوروبي (المادة ٣٢)، واتفاقية مكافحة التعذيب (المادة ١٧/١)، والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية (المادة ٢٢/٣)، والاتفاقية الخاصة بحماية الأقليات (المادة ٢٣)، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ (المادة ٤١). ويتعين على القاضى الوطنى فى هذه الحالة تطبيق الشرط الأكثر صلاحية على النزاع المطروح عليه^(١).

أما النوع الثانى من صيغ الشرط الأكثر صلاحية، فإنه يعطى الاتفاقية تفوقاً على غيرها من الاتفاقيات. مثال ذلك الاتفاقية المتعلقة بمحاربة التمييز في مجال التعليم والموقعة في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٠، فقد نصت المادة العاشرة منها على أنه هذه الاتفاقية لا تمس الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها الأفراد أو الجماعات طبقاً للاتفاقية المبرمة بين دولتين أو أكثر (بشرط أن هذه الحقوق لا تتعارض من حيث الحرفية أو الروح مع هذه الاتفاقية). فهذا مثال يوضح أن الاتفاقية قد أوردت نصاً على تفوقها في حالة وجود تنازع بينها وبين نص دولي آخر. وقد لوحظ أن هذا النوع من الصيغ لم يعد مستعملاً، لأن نصوص الاتفاقية التي تكفل تفوقها الخاص على التعهدات المستقبلية تعتبر باطلة^(٢)، إذ لا يمكن التمسك بها سواء في اتفاقية تعقد مع دول أخرى ليست أطرافاً في الاتفاقية الأولى، أو في اتفاقية لاحقة منع ذات الأطراف في الاتفاقية الأولى لما في ذلك من مصادرة على إرادة الدول.

(١) Claudia Sciotti; La occurrence des Traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national, Bruylant - Bruxelles, 1997, p. 46 - 52.

(٢) K. Wolfram, "Conflit between treaties", Puplic international law Encyclopedia, vol. 7, (٢) 1984, p. 471.

وعند عدم وجود نص أو شرط في الاتفاقية لحل التنازع المحتمل فإنه ما لم تعتبر إحدى الاتفاقيتين ناسخة للأخرى يتعين على القاضى أن يبحث فى نطاق القانون الدولى عن القواعد الواجبة التطبيق فى هذه الحالة^(١).

٢٤- الترابط اللازم بين (حقوق الإنسان فى الدول الديمقراطية) والحماية الدستورية للحقوق والحريات

يجب التمييز بين القوة الإلزامية للاتفاقية المتعلقة بحقوق الإنسان بها من قوة القانون الداخلى بعد التصديق عليها طبقا للدستور، وبين الشرعية الدستورية لهذه الحقوق.

فالقوة الإلزامية للاتفاقية هى قوة القانون. أما الشرعية الدستورية فهى قوة الدستور أى إعطاء قيمة دستورية لحقوق الإنسان أيا كان مصدرها القاعدى.

ولا تضارب بين قوة القانون لبعض نصوص الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، وبين الأخذ بمعانيها عند تطبيق الدستور. ذلك أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر لا تمنح جميع حقوق الإنسان الواردة فى الاتفاقيات الدولية قوة دستورية بحكم ورودها فى هذه الاتفاقيات، وإنما تستخلص ما يعتبر حدا أدنى فى الدول الديمقراطية لكى تمنحه فى مقام التفسير لا فى مقام التطبيق هذه القوة الدستورية. وتبدو أهمية ذلك عندما يخلو التشريع الداخلى من هذه الحقوق. فإذا تضمنها التشريع انتفت المشكلة محل البحث. فالمنهج الذى اتبعته المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن هو منهج التفسير الكاشف لمضمون القاعدة القانونية، لا يتعداه إلى إضفاء القيمة الدستورية على نصوص اتفاقيات حقوق الإنسان بوصفها كذلك. وقد رأينا أن المحاكم الدستورية الأوروبية قد اتبعت ذات المسلك بالنسبة إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وقد أوضحنا فيما تقدم أن المستوى الذى تلتزم به الدول الديمقراطية فى احترام حقوق الإنسان يمثل معيارا للشرعية يهتدى به المشرع الدستورى فى تحديد المراد بالحقوق والحريات للفرد فى مقام تحديد مضمون الشرعية الدستورية.

Claudia Sciotti, op. cit., pp. 59 - 95.

(١)

وبالتالى فهو ليس إلا ضوءا ينير النصوص الدستورية فيما يتعلق بالشرعية فيحدد نطاقها ومقصدها فى الدولة القانونية. وفى هذا الشأن تقول المحكمة الدستورية العليا إن الدستور فوق كل هامة يعتلى القمة من مدارج التنظيم القانونى باعتبار أن حدوده قيد على كل قاعدة تدنوه بما يحول دون خروجها عليها وهو ما عقد للدستور السيادة كحقيقة مستقر أمرها فى الوجدان والضمير الجماعى، وهى بعد حقيقة مستعصية على الجدل رددتها ديباجة دستور جمهورية مصر العربية بإعلانها انعقاد عزم الإرادة الشعبية التى منحتة لنفسها على الدفاع عنه وحمايته وضمان احترامه، وليس لأحد بالتالى أن يكون لأحكام الدستور عصيا، ولا أن يعرض عنها إنكارا لها^(١).

فالدستور ليس عملا مغلقا، وإنما هو عمل منفتح دائم التكوين. هو عمل حى لا يتوقف نبضه، فهو دائم الحركة يعيش فى الحاضر ويتفاعل مع المستقبل. وكما قال العميد فيدل، فإن الدستور يقول ما (يجب) أن نفعله ولا يمكنه أن يقول ما سنفعله^(٢). وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر (إن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التى يقوم عليها التى صاغتها الإرادة الشعبية انطلاقا إلى تغيير لا يصد عن التطور آفاقه الواسعة)^(٣).

ولعل هذا هو ما دفع المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن تكشف دون توقف عن حقوق الإنسان التى لا يتسع لها مدلول الحرية الشخصية وذلك فى ضوء المستوى المسلم به لهذه الحقوق فى الدول الديمقراطية، مثال ذلك إعطاء القيمة الدستورية لمبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد^(٤)، رغم عدم النص على ذلك صراحة فى الدستور^(٥)، والحق فى رجعية القانون الأصلح للمتهم رغم عدم النص عليه صراحة فى

(١) الدستورية العليا فى ٥ فبراير ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد ٨ فى ٢٤ فبراير ١٩٩٤.

(٢) Vedel G. et Delvolpe p. (La constitution, base du system juridique) Tournées de la soci-
eté de législation comparée, Paris, ed., 1979.

وانظر تصريح رئيس مجلس الشعب المصرى فى مضبطة المجلس بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٩٣ بشأن اعتبار هذا التفسير أساسا لدستورية القوانين الاقتصادية التى أقرها المجلس.

(٣) الدستورية العليا فى ٤ يناير ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية) السالف الإشارة إليه.

(٤) الدستورية العليا فى ٤ يناير ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية) السالف الإشارة إليه،

٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية (دستورية) السالف الإشارة إليه.

(٥) نصت عليه المادة ١٤/٧ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦).

الدستور^(١)، واعتبار الحق في تنفيذ الحكم حلقة من حلقات الحق في التقاضي^(٢) وهو توسع سار على منهجه المجلس الدستوري في فرنسا نظرا إلى أن الدستور الفرنسي قد أشار في ديباجته إلى إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في ١٧٨٩. كما اتجهت المحكمة العليا الأمريكية إلى التوسع في تفسير مدلول الحرية الشخصية.

وواقع الأمر فإنه إذا تأملنا في نظامنا الدستوري نجد أنه نظام ديمقراطي (المادة الأولى) وبناء على ذلك يؤكد أن السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات، ويارس الشعب هذه السيادة ويحميها (المادة الثانية). ويارس الشعب هذه السيادة إما مباشرة من خلال الاستفتاء (المواد ٧٦ و ١٢٧ و ١٥٢) وإما بطريقة غير مباشرة من خلال التمثيل النيابي (المواد ٨٦ و ٨٧ و ٨٨) وتكفل النصوص الدستورية الحقوق والحريات العامة اللازمة لقيام النظام الديمقراطي، وتؤكد السيادة للشعب. من هنا كان تطابق معيار حقوق الإنسان وفقا للمستويات المسلم بها في النظم الديمقراطية مع الشرعية الدستورية التي نصت على ديمقراطية نظام الدولة. يؤكد ذلك أن وثيقة إعلان الدستور المصري التي أكدت التزام شعب مصر بتحقيق الحرية لإنسانية المصري هي جزء من الدستور المصري باعتبار أنها مع نصوص الدستور صدرت باسم شعب مصر.

وننبه إلى أن البنيان الدستوري للتشريع يشمل شكل القواعد التشريعية ومضمونها، ولا ينصرف إلى واقعة النشر في الجريدة الرسمية اللازمة للعمل بالقانون، فهذه الواقعة لازمة لنفاذ التشريع لا لتكوينه. ومن ثم فإنه إذا لم ينشر القانون لا يكون معمولا به تطبيقا للمادة ١٨٨ من الدستور التي نصت على أن تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك مياعدا آخر. وبعبارة أخرى، لا يعتبر النشر من القواعد

(١) انظر الدستورية العليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية (دستورية). الجريدة الرسمية العدد ٤٩ في ٣ ديسمبر ١٩٩٢، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا حرة (المجلد الثاني) قاعدة رقم ٧ ص ٦٨. نصت على هذا الحق المادة ١/١٥ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(٢) دستورية عليا في ٣ إبريل في القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ ٥ (المجلد الثاني) قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١.

الدستورية التى تحكم البنيان الشكلى للتشريع لأنه واقعة يتوقف عليها نفاذ القانون لا تكوينه أو صحته ، ويكون جزاء عدم النشر هو عدم إعمال القانون لا عدم دستوريته ، ويرتب المسئولية السياسية للحكومة التى عطلت العمل بالقانون بسبب عدم نشره .

ومع ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا كان قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه قد أحال فى شأن تعيين حدود المحميات الطبيعية التى عينها إلى خريطة تبين موقعها ، إلا أنها لم تنشر فإن القرار المذكور يكون قد جهل بحدود المحميات الطبيعية والتى يعتبر تعيينها مفترضا أوليا لإعمال النصوص العقابية التى تضمنها القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩٣ المنظم لتلك المحميات ^(١) . ورغم أن واقعة النشر تخرج عن بنيان القانون ، إلا أن التبرير الدستورى لهذا الحكم يعتمد على أن ما نشر من القرار اللائحى ينطوى فى ذاته على مخالفة دستورية تتعلق بتجهيل نصوص قانون العقوبات ، ولا يكمله الجزء الذى لم ينشر لأنه غير معمول به . وطالما أن الرقابة الدستورية فى مصر تعتمد على التطبيق العملى للقانون ، فإنها تنصرف إلى معانيه المنبثقة من نصوصه الحية المعمول بها فى مرحلة التطبيق - الأمر الذى يفترض نشرها - لا نصوصه فى مرحلة الإصدار . ومع ذلك إذا حدث إغفال نشر القانون برمته باعتباره واقعة لاحقة على إصداره ، فإن هذا الإغفال لا يؤثر فى تكوين القانون ، ويكون الجزاء هو عدم العمل بالقانون لعدم نشره برمته ، باعتبار أن ما نشر لا يصلح وحده لتحديد حكم القانون ، مما لا يميز خضوعه للرقابة الدستورية .

(١) محكمة دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية ، الجريدة الرسمية فى العدد ٤٢ فى ٢٠ أكتوبر ١٩٩٤ ، ٣ يناير سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد (٣) فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ .

الباب الثالث

نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات

٢٥- تمهيد

يكفل الدستور حماية الحقوق والحريات إما كفالة مباشرة من خلال قواعده، أو بطريق غير مباشر من خلال مبادئه وذلك بأن يترك للمشرع تحديد إطار هذه الحماية في إطار مبادئ عامة يقررها ويوفر ضماناتها. ومن ناحية أخرى، وكأصل عام، يتدخل المشرع لتنظيم الحقوق والحريات.

ويشور البحث عما إذا كان من الممكن أن ينشأ تناقض بين الحقوق والحريات في الوثيقة الدستورية الواحدة. فكيف يمكن حل هذا التناقض. وهل يمكن أن يحدث تناقض بين الحقوق والحريات وغيرها من القيم الدستورية التي تتطلبها حماية المصلحة العامة. مثال ذلك، أن مقتضيات المصلحة العامة تتطلب منح الدولة قدرا من السلطة لتمكينها من القيام بدورها في تحقيق الأمن والعدالة. ويتجلى ذلك بوضوح في قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية. وفي إطار ذلك، تملك الدولة سلطة التجريم والعقاب لحماية المصلحة العامة سواء كانت متعلقة بصالح الجماعة أو صالح الفرد. وتملك كذلك سلطة اتخاذ الإجراءات الجنائية اقتضاء لسلطتها في العقاب. وتتطلب ممارسة السلطة في التجريم والعقاب، وفي اتخاذ الإجراءات الجنائية المساس بقسط معين من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور.

إن حل هذا التناقض يتم بتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى تحت مظلة الشرعية الدستورية. ويقتضى هذا التوازن وجود نظام قانوني تتوازن فيه الحقوق والحريات والمصلحة العامة وفقا لعلاقة التناسب

«*lien de proportionnalité*» بين القيم التي تحميها كل من القواعد القانونية التي يتكون منها هذا النظام . وبالتوازن الذي يتحقق بمعيار «التناسب» يتحدد نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات . ويستكمل هذا النظام شكله الدستوري من خلال مبدأ المساواة الذي يفترض تحقيق التناسب في المعاملة من أجل ضمان التوازن بين الحقوق والحريات - فيما بينها - وبين المصلحة العامة .

فالتوازن هو نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، وبداخله تتحدد المساواة . أما التناسب فهو معيار هذا النظام . وهو ما سنوضحه فيما بعد .

ونسجل أن هذا الموضوع هو من الموضوعات الحاكمة في تحديد نطاق الحماية الدستورية للحقوق والحريات . وفي ضوءه تمارس المحكمة الدستورية العليا رقابتها الدستورية .

الفصل الأول

التوازن بين القيم الدستورية المختلفة

ندرس فيما يلي هذا الموضوع من خلال تحديد متطلبات التوازن داخل النظام القانوني
ثم نبين بعض تطبيقات التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من
جهة أخرى .

المبحث الأول

متطلبات التوازن بين القيم الدستورية المختلفة

٢٦ - أهداف النظام القانوني

يهدف القانون إلى حماية الحقوق والمصالح التي تشبع احتياجات الفرد والمجتمع ، فالإنسان بحكم طبيعته ، وبناء على عضويته في المجتمع تتولد لديه حقوق وحرّيات تشبع احتياجات مختلفة ، كما يلتزم بواجبات عامة تقابل هذه الحقوق والحرّيات .

وبالنظر إلى تعدد الاحتياجات واختلافها ، قد تتعذر الموازنة بين الحقوق والحرّيات التي تشبع هذه الاحتياجات المختلفة وما يقابلها من واجبات عامة ، مما يؤدي إلى تعرضها للتناقض الواضح . وبدون حل هذا التناقض فإن الحياة الاجتماعية تصبح مسرحاً للصراع الدائم والمستمر .

ولهذا كان من واجب الدولة ، من خلال الدستور والتشريع ، التوفيق بين الاحتياجات المتعارضة للأفراد والمصالح التي تشبعها عن طريق نظام قانوني يختار الحاجة التي يجب أن تحظى بالأولوية ويضمن حماية المصلحة التي تشبع هذه الحاجة^(١) ، ويكفل الحقوق والحرّيات التي يضمنها النظام القانوني حمايتها ، ويقع الدستور في قمة النظام القانوني الذي يكفل الحقوق والحرّيات لإشباع ما تحققه من مصالح هي الأجدر بالرعاية في نظر المجتمع .

وبجانب احتياجات الأفراد والمصالح التي تشبعها من خلال الحقوق والحرّيات ، يتعين التوازن بين هذه الاحتياجات . ومن جهة أخرى ، توجد الاحتياجات العامة التي تتعلق بالمجتمع الذي تسيطر عليها سلطات الدولة مثل الحاجة الاقتصادية التي تتوقف على علاقات الإنتاج والتوزيع والاستهلاك ، والصحة العامة ، والتعليم ، والأمن والعدالة .

DELOGU; La Loi pénale et son application, Le Caire, T. 1. 1956 - 57. p. 30 et 5.

(١)

وتشبع احتياجات المجتمع مصالح عامة يحميها القانون بالنظر إما إلى أهميتها الاجتماعية ، أو إلى تعلقها بوظائف الدولة . ويتعين على النظام القانوني أن يشبع حاجة اجتماعية جديرة بالحماية .

ولا يهدف النظام القانوني إلى حماية المصلحة العامة مجردة من أى اعتبار آخر . فهناك اعتبارات الحقوق والحريات التى يتعين كفالتها للأفراد واحترامها . وهذه هى السمة الرئيسية للدولة القانونية التى يسمو فيها القانون على الدولة . وهو سمو يفرض على الدولة ضمان الحقوق والحريات . هذا بجانب اعتبارين مهمين هما الأمن القانوني والعدالة .

ويتوقف الأمن القانوني على الأسلوب الذى يختاره المشرع فى تنظيم الحماية التى يضيفها على الحقوق والحريات والمصلحة العامة . ويتوافر هذا الأمن كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة ، بأسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمن للمواطنين حقوقهم وحرياتهم ضد المفاجآت التى تعرض مراكزهم القانونية للخطر . فالتوازن بين مقتضيات المصلحة العامة وحماية هذه الحقوق والحريات هو الضمان للأمن القانوني . وهو التزام يقع على عاتق السلطة التشريعية فى حدود الدستور^(١) .

ويعتبر القانون الجنائي من أهم فروع القانون التى تحتاج إلى الاستقرار القانوني نظرا لجسامة النتائج التى تترتب على إنكار هذا الأمن . فلا بد من التوفيق بين الحقوق والحريات التى يتمتع بها الفرد وبين مقتضيات الحماية الجنائية للنظام العام ، ولابد من التوازن بين القيم الدستورية للحقوق والحريات والقيم الدستورية التى تتمتع بها غيرها من الحقوق والحريات وكذا المصلحة العامة . ويعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات صمام الاستقرار القانوني الذى يجب أن يراعيه المشرع الجنائي عند حماية الحرية الشخصية للفرد . فهذا المبدأ يؤمنه ضد خطر الرجعية أو القياس فى مجال التجريم والعقاب فى قانون العقوبات ، وضد خطر التحكم والمساس بالحرية^(٢) . كما يعتبر مبدأ «الأصل فى المتهم البراءة» صمام الأمن القانوني الذى يجب أن يراعيه المشرع الإجرائي

(١) انظر: Pierre Cambot, la protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, Economica, 1998, p.109.

(٢) انظر: François Luchaire, le conseil constitutionnel, T.II, 1998, op. cit., No.203, p.147.

عند تحديد الإجراءات الجنائية حتى لا تكون أداة للبطش بالحقوق والحريات إذا ما أريد المساس بها تحقيقا لمصلحة عامة .

أما العدالة فهي فكرة غامضة أثارت جدلا كبيرا، وتمت معالجتها وفقا لجوانب مختلفة . فهناك العدالة المادية التي تقابل العدالة الشكلية . كما توجد العدالة الاجتماعية التي تتميز عن العدالة القانونية . وقد يتفق مدلول العدالة مع مفهومها في القانون الطبيعي أو يختلف عنها .

ومع ذلك، فإن الإحساس بالعدالة قيمة اجتماعية مهما اختلفت الأزمنة والمجتمعات . فهي قيمة أخلاقية خالدة في الضمير الإنساني ازداد تعمقها بظهور الأديان السماوية . ولذلك، فإنه يتعين على المشرع أن يراعى هذه القيمة الاجتماعية عند تدخله لحل التنازع بين المصالح وإضفاء حمايته على المصلحة الأجدر بالرعاية، أي القيمة الدستورية الأجدر بالحماية . فالقانون بحكم نشأته الاجتماعية لا يمكنه أن يصطدم بإحساس المجتمع بالعدالة .

نعم؛ إن المدلول الميتافيزيقي للعدالة قد يؤثر في فاعلية التنظيم القانوني للمصالح التي يحميها القانون . ولكن الحلول غير العادلة - في الوقت ذاته - لا يمكنها أن تقنع الأفراد وتنال رضائهم، الأمر الذي يؤدي إلى عدم احترامها كما أنه إذا تعددت الحلول التشريعية غير العادلة فقد القانون ثقة المجتمع . وهذا هو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن القانون أداة لتحقيق العدالة، فلا يكون القانون منصفاً إلا إذا كان كافلاً لأهدافها، فإذا ما زاغ المشرع ببصره عنها، وأهدر القيم الأصلية التي تحتضنها، كان منها للتوافق في مجال تنفيذه، ومسقطاً كل قيمة لوجوده، ومستوجبا تغييره أو إلغائه^(١) .

ومن وسائل إرضاء الشعور بالعدالة الكيفية التي يتناول بها المشرع حمايته للحقوق والحريات . مثال ذلك، موقف المشرع الجنائي فيما يقوم به من خلال قانون العقوبات من إنشاء الجرائم والعقوبات حماية لحقوق الأفراد من الاعتداء عليها . إلا أنه لا يجوز في سبيل هذه الحماية أن يلجأ المشرع الجنائي إلى إنكار حرية الاختيار كأساس للمسئولية الجنائية، أو أن يفرض عقوبات مهينة أو قاسية أو غير مناسبة لجسامة الجريمة .

(١) دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣ .

٢٧- مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن

بينما فيما تقدم أن النظام القانوني يحكم مجموعة من الحقوق والحريات يتعين إحداث التوازن فيما بينها من جهة، وفيما بينها وبين المصلحة العامة من جهة أخرى. وعلة ذلك تكمن في أن الحقوق والحريات ليست مطلقة، ومن ثم يتعين حل التنازع الذي قد ينشأ بين القواعد القانونية ذات المرتبة الواحدة التي تحمي الحقوق والحريات.

وقد نشأ مبدأ التناسب «Principe de proportionnalité» لكي يكون معياراً لتحقيق هذا التوازن ضماناً لوحدة النظام القانوني في حمايته للحقوق والحريات وللمصلحة العامة. ويقتضى هذا التناسب وجود علاقة منطقية ومتناسكة بين مختلف القواعد القانونية وبين مختلف العناصر التي تتكون منها القاعدة المنطقية الواحدة. ويتحقق هذا التناسب من خلال مجموعة من الأفكار تمثل المنطق والتجانس، والتوازن، وعدم التحكم. ومن جميع هذه الأفكار يمكن استخلاص التناسب عند تطبيقها. ويحفل النظام القانوني بتطبيقات عديدة لمعيار التوازن. مثال ذلك في القانون المدني نظرية التعسف في استعمال الحق^(١)، والفسخ القضائي للعقود الملزمة للجانبين^(٢). وفي قانون العقوبات نجد أن العقوبة يجب أن تكون متناسبة مع الجريمة، وأن الدفاع الشرعي يوجب التناسب بين الاعتداء والدفاع. كما يكفي لاحترام مبدأ المساواة وجود معاملة متكافئة من الناحية المنطقية بين أصحاب المراكز القانونية الواحدة، وتتحدد هذه المعاملة - كما سنبين - فيما تنظمه من وسائل استعمال هذه المراكز للحقوق والحريات، في ضوء ارتباطها بالهدف من القاعدة القانونية التي قررت هذه المعاملة. وفي هذه الحالة، فإن مبدأ التناسب يصلح منهجاً للاسترشاد به في تحديد ما إذا كانت وسائل استعمال الحقوق والحريات تحقق الهدف منها أو لا.

وقد استعان كل من القضاة الإنجليز والأمريكي بفكرة المعقولة «reasonableness» لتحديد مدى توافر التناسب بين الوسائل والغاية المتوخاة من

(١) نصت المادة ٥٥/ب من القانون المدني على أن يكون استعمال الحق غير مشروع إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(٢) نصت المادة ٥٧/١ من القانون المدني على أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداده المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين، إن كان له مقتضى.

تقريرها^(١). كما استخدمت المحكمة الدستورية الإيطالية فكرة المعقولة لتحديد العلاقة بين الوسائل المستخدمة والغاية المطلوبة منها^(٢). وأكدت المحكمة الدستورية الأسبانية على رقابتها على وجود «تناسب» بين مضمون العمل والغاية منه^(٣).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن المشروعية الدستورية للمعاملة المقررة للمراكز القانونية المتكافئة تتحدد في ضوء ارتباطها عقلا بأهدافها^(٤)، وأكدت اعتبار الأمر تحكميا إذا ما تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم الحقوق والحريات^(٥).

وواقع الأمر، فإن التعبير عن علاقة التناسب يتم إما في مضمون القاعدة القانونية ذاتها التي قررت وسائل حماية الحقوق والحريات، وإما في قاعدة أخرى تحدد شروط تطبيقها.

وبالنسبة إلى التناسب الذي يعبر عنه مضمون القاعدة القانونية ذاتها، فيبدو على سبيل المثال في قواعد قانون العقوبات التي تلتزم بتوفير التناسب بين العقوبة وجسامة الجريمة، باعتبار أن العقوبة تمثل المعاملة التي يحددها القانون عند المساس بالحق والحرية المعتدى عليها، وهي ما يجب أن ترتبط عقلا ومنطقا بالهدف من تقريرها، ومثال ذلك أيضا في القواعد التي تنظم استخدام حق الملكية. فإذا قرر القانون المدني (المادتان ٤٧١ و ٤٧٢) حظر التعامل على القضاة وأعضاء النيابة العامة والمحامين في الحقوق المتنازع فيها وفرض جزاء واحدا على انتهاك هذا الحظر، مؤداه بطلان العقد الوارد على الحق المتنازع فيه بطلانا مطلقا؛ فإن هذه المعاملة (أي هذا البطلان) تتفق مع الهدف الذي توخاه المشرع وهو بث الثقة في المعاملات، والتحسب لأية شائبة تنال من

(١) Xavier Philippe; La contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative. Francairses, collection science et droit administratifs, Economice, 1990, pp. 36 - 39.

(٢) B. Coravit, "La jurisprudence constitutionnelle sus le principe d' égalité", Cahiers du centre de droit et de politique comparés de la faculté de droit de Toulon, vol. 1, p. 103.

(٣) حكمها الصادر في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٢ مشار إليه في مؤلف Xavier Philippe, op. cit., p. 51.

(٤) دستورية عليا في ٩ مايو ١٩٩٨ في القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٥) دستورية عليا في ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ص ٧ قاعدة رقم ١٠ ص ١٩٤.

مصدقيتها وشفافيتها وتتأدى من الاستغلال والغبن، وهو أمر يتعلق بالمصلحة العامة^(١).

وفي صدد التوازن بين الحقوق قضت المحكمة الدستورية العليا أن قصد اللجوء إلى اللجنة المختصة بتقدير أتعاب المحاماة على المحامي دون موكله، يخل بالتوازن الذي تفرضه علاقة الوكالة القائمة بينهما، إجحافاً بمصلحة الموكل وترجيحاً لمصلحة المحامي عليها^(٢).

ويلاحظ أيضاً أن من أمثلة التناسب الذي يعبر عنه مضمون القاعدة القانونية، حدود حرية التنقل كما ينظمها التشريع في حدود الدستور.

أما التناسب الذي يتم التعبير عنه من خلال الشرط الذي قد ينص عليه القانون لتطبيق القاعدة القانونية، فمثاله القاعدة التي تنص على الحق في التعبير، فإن استخدامه مشروط بعدم الإساءة إلى النظام العام وحقوق الآخرين. وكذلك الشأن إذا تعارض مضمون قاعدة قانونية مع مضمون أخرى. مثال ذلك القاعدة التي تنص على حق الإضراب، والقاعدة التي تنص على مبدأ استمرار المرفق العام، فإن ضمان التوازن بين الحق والمصلحة العامة المتوخاة من استمرار المرفق العام، يتطلب التناسب بين المساس بالحق في الإضراب وبين حماية اعتبارات المصلحة العامة.

ويلاحظ أن التوازن بين الحقوق والحريات من ناحية وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى في إطار مبدأ التناسب، يكفل ضمان وحدة النظام القانوني الذي يرسم الحقوق والواجبات العامة. ومن خلال الرقابة على دستورية القوانين تراقب المحكمة الدستورية العليا تطبيق معيار التناسب للوصول إلى التوازن الذي يكفل تحديد نطاق الحماية الدستورية للحقوق والحريات. ومن أمثلة هذه الرقابة ما قضت به المحكمة الدستورية العليا من أن حرمان أعضاء الإدارات القانونية من الجمع بين بدل التفرغ المقرر بمقتضى القانون وبدل التمثيل أو أى بدل طبيعة عمل آخر ينطوى على إهدار حق العامل في اقتضاء الأجر العادل في الأحوال التي يفرض فيها العمل جبراً لأداء خدمة عامة (المادة ٢٣/٢ من الدستور)، على أساس أن هذا الحق أولى بالحماية

(١) دستورية عليا في ٥ يونية سنة ١٩٩٩، في القضية رقم ٢٢٦ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية - العدد ٢٤ في ١٧ يونية سنة ١٩٩٩.

(٢) دستورية عليا في ٥ يونية سنة ١٩٩٩، في القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

الدستورية من واجب الإسهام في الحياة العامة واعتباره أمراً وطنياً (المادة ٦٢ من الدستور)، لأن الجماعة ملزمة طبقاً للمادة ١٢ من الدستور بالعمل على التمكين لقيمها الخلقية والوطنية وفق مستوياتها الرفيعة مما لا يجوز معه للمشرع أن يمس بالأجر عن عمل تم أدائه في نطاق رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ارتبط طرفاها^(١).

ويلاحظ أنه على الرغم من أهمية مبدأ التناسب لتحقيق التوازن المشار إليه، إلا أن التنازع بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة ليس أمراً حتمياً في جميع القواعد القانونية. فهناك من القواعد ما لا يثير فكرة هذا التنازع، لأنها تشير إلى معنى محدد لا يتوقف مداه على علاقته مع معنى آخر، مثل القواعد التي تحدد الحالة المدنية للشخص الطبيعي فهي لا تختلف من شخص لآخر أو بحسب الظروف. وكذلك الأمر في النواهي الجنائية المطلقة مثل جرائم الاعتداء على الأموال العامة، فإن قاعدتها القانونية تتطلب توافر أركان معينة محددة لا تتوقف على تقييم علاقتها بأطراف أخرى كشرط يقيد تطبيقها.

٢٨- إطار التوازن بين الحقوق والحريات

تحكم التوازن بين الحقوق والحريات مجموعة من المبادئ تتجلى فيما يلي :

(أولاً): الحقوق والحريات ليست حقوقاً مطلقة لا حدود لها. فممارستها لا يجوز أن تكون من خلال التضحية بغيرها من الحقوق والحريات. فالحق في حرية التعبير - مثلاً - لا يجوز ممارسته اعتداء على الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الشرف والاعتبار. وقد أكد القضاء الدستوري هذا المبدأ، بما مؤداه أن ممارسة الحقوق والحريات لا يحدها غير ضرورة ضمان الحقوق والحريات الأخرى و غيرها من القيم الدستورية^(٢). وكل ذلك يتطلب تفسير حدود ممارسة الحقوق والحريات بكل دقة حتى تكون هذه الحدود متناسبة ومعقولة بمراعاة الغاية التي تستهدفها وسائل حمايتها^(٣).

(١) دستورية عليا في ٥ يونية سنة ١٩٩٩، في القضية رقم ٣١٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) Louis Favoreu; La protection des droits et libertés fondamentaux, Annuaire, 1985, p.186.

Siebert Morscher, Annuaire, 1990, p.143 (Rapport Autrichien), Rodriguez - Pinero

et J. Leguina Villa, Annuaire, 199, p.129 (Rapport Espagnol).

Rodriguez - Pinero et J. Leguina Villa, Annuaire 1990, op. cit., p.131.

(٣)

(ثانياً) : لا يعرف الدستور أى تدرج بين القواعد الدستورية، ولا بين الحقوق والحريات، سواء تلك التى يحميها الدستور مباشرة وصراحة أو تلك التى يحميها بطريق غير مباشر من خلال استخلاص المحكمة الدستورية لها من نصوص الدستور.

(ثالثاً) : لا يتصور وجود تنازع بين الحقوق والحريات فى نصوص الدستور، فأى تنازع ظاهرى فى هذا الشأن يجد حله من خلال التوازن بين هذه الحقوق داخل النظام القانونى القائم على وحدة الدستور^(١)، ووحدة الجماعة. وفى هذا الصدد أوضحت المحكمة الدستورية العليا أن ما نص عليه الدستور فى المادة ٧ من قيام المجتمع على أساس من التضامن الاجتماعى، يعنى وحدة الجماعة فى بنائها، وتداخل مصالحها لا تصادمها، وإمكان التوفيق بينها ومزاوجتها ببعض عند تزاوجها، واتصال أفرادها وتربطهم ليكون بعضهم لبعض ظهيرا، فلا يتفرقون بددا أو يتناحرون طمعا، أو يتنابدون بغيا، وهم بذلك شركاء فى مسئوليتهم قبلها، لا يملكون التنصل منها أو التخلّى عنها، وليس لفريق منهم بالتالى أن يتقدم على غيره انتهازا، ولا أن ينال من الحقوق قدرا منها يكون بها - عدوانا - أكثر علوا، بل يتعين أن تتضافر جهودهم لتكون لهم الفرص ذاتها، التى تقيم لمجتمعاتهم بنائها الحق، ولا تخل - فى الوقت ذاته - بتلك الحقوق التى كفلها الدستور^(٢). وتفترض الرقابة الدستورية على التوازن بين الحقوق والحريات، وجود تعارض بين قاعدة دستورية وأخرى تشريعية، فلا رقابة للمحكمة الدستورية العليا على التعارض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة^(٣).

(١) Ron Roman Herzog, Rapport Allemand, Annuaire 1990, p.17.

(٢) دستورية عليا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦ قاعدة رقم ٨ ص ١٣٩.

(٣) دستورية عليا فى ٢ مارس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٧ قاعدة رقم ٣٠ ص ٥٢٠.

المبحث الثانى

التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة

٢٩- حدود التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة

يعبر الدستور عن القيم الدستورية التى تحمى المصلحة العامة فى مختلف أبواب الدستور، وتتجلى صراحة فى واجبات الدولة وسلطاتها، وخاصة فيما يتعلق بالضبط (المادة ٤٥) وإنشاء وتنظيم المرافق العامة (المادة ١٤٦) وحماية البلاد وسلامة أراضيها (المادة ١٨٠) وتنظيم الاقتصاد القومى لخطة الاقتصاد القومى وفقا لخطة تنمية شاملة (المادة ٢٣).

وبجانب ذلك، فإن الدستور ييسر حمايته على مختلف الحقوق والحريات على اختلاف أنواعها. ويحيل الدستور فى كثير من الأحوال للمشرع فى تحديد نطاق هذه الحقوق. مثال ذلك فى المواد ٤١ و ٤٤ و ٤٥ و ٤٧ و ٤٨ و ٥٠ و ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ و ٥٧ و ٦٢ و ٦٩ و ٧١ من الدستور. وكذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٣ من الدستور من أن العمل حق، وواجب، وشرف. وفى صدد تحديد هذا النطاق لا تتمتع هذه الحقوق والحريات بصورة تضحى بالمصلحة العامة، إعمالا لتكامل القيم التى يحميها الدستور.

ويجب على المشرع أن يوازن بين الحقوق والحريات العامة والمصلحة العامة. وفى صدد تحديد المصلحة العامة يراعى أن النظام العام فكرة متطورة وفقا لتطور النظم والمبادئ والظروف، وينطوى هذا التطور فى ذاته على تغيير فى القيم المحمية واختلاف فى تحديداتها يتأثر وفقا للزمان والمكان. مثال ذلك النظام العام الاقتصادى الذى طرأ عليه كثير من التغيرات، فمن نظام يقوم على تدخل الدولة والتخطيط المركزى إلى نظام يقوم على قانون السوق. وكذلك الشأن بالنسبة للنظام الإدارى والنظام الضريبى، فقد تعرض كل منهما لكثير من التغيرات^(١).

(١) انظر: Dal- François Terré, Rapport introductif, (L'ordre public á la fin du xxe siècle, 1996, pp.5-12.

وقضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بما مؤداه أن المشرع حين حظر طعن المدعى المدني في قرار النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية في تهمة موجهة إلى أحد الموظفين أو المستخدمين العامين لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، وازن بين حق المدعى بالحقوق المدنية في الادعاء المباشر، وبين ما تقتضيه إشاعة الاطمئنان بين القائمين بالعمل العام بثا للثقة في نفوسهم، بما يكفل قيامهم بأعباء الوظيفة أو الخدمة العامة، دون تردد أو وجل يعوق الأداء الأكمل لواجباتها أو يدفعهم إلى التنصل من أعبائها توكيا لمسئوليتهم عنها، بما يثنىهم في النهاية عن تحمل تبعاتها، ويعطل قدرتهم على اتخاذ القرار الملائم^(١).

حق الملكية :

وفي صدد حق الملكية قضت المحكمة الدستورية العليا المذكورة بأن لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر، وتضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها، وهي حدود يجب التزامها، لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التي كفلها الدستور لها^(٢). وأن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة بذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة^(٣).

(١) دستورية عليا في ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣٠ ص ٢٦٢.

وانظر أيضا في التوازن بين الحق في الادعاء المباشر ومقتضيات حماية الوظيفة العامة دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٠ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٤ في ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الطعن بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية، والتي تنص على أنه فيما عدا الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات - لا يجوز لغير النائب العام أو المحامي العام أو رئيس النيابة رفع الدعوى الجنائية ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط الجنائي أو جنحة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته.

(٢) دستورية عليا في ٣ يوليو سنة ١٩٩٥، القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٧ قاعدة رقم ١ ص ١٩.

(٣) دستورية عليا في ٦ يناير سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج ٧ قاعدة رقم ٢٠ ص ٣٤٧. وانظر دستورية عليا في ٥ فبراير سنة ١٩٨٣ في القضية رقم ١٨ لسنة ١ قضائية «دستورية»، ٢١ يونية سنة ١٩٨٦ في القضيتين رقمي ١٣٩، ١٤٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، ٤ مايو سنة ١٩٩١ في القضية رقم ٢٣ لسنة ٩ قضائية «دستورية».

ومن ناحية أخرى، لا يجوز بحال أن تجاوز هذه القيود متطلباتها المنطقية، وإلا تعين القول بانطوائها على ما يعد «أخذا» للملكية من أصحابها^(١)، ولا يجوز بالتالي العدوان على الملكية بما يعتبر اقتحاما ماديا لها، ولا اقتلاع المزايا التي تنتجها أو ترتبط بمقوماتها. وقد رتبت المحكمة الدستورية العليا على ذلك عدم دستورية نص المادة ١٢٤ مكررا من قانون الجمرك التي نصت على مصادرة البضائع المضبوطة كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية المعنية، بالإضافة إلى أنه لا مصادرة بغير حكم قضائي^(٢). وكذا عدم دستورية المادة ٣/٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي تسمح في بعض الظروف بتبادل الشقق بين المستأجرين دون أن يحق للمالك حق الاعتراض^(٣)، وكذا المادة ٤٠ من القانون ذاته والتي سمحت في بعض الأحوال للمستأجرين أن تؤجر من الباطن شققهم دون تصريح من المالك^(٤). كما رتبت على ذلك أن أزمة الإسكان وإن كانت قد اقتضت تدخل المشرع بقيود استثنائية للحد منها، إلا أن هذه الضرورة هي مناط سريان هذه القيود، إلا أنه لا يجوز أن يتحلها المشرع أو يتوهمها ليمتد مجال عملها إلى فروض لا تسعها، ولا يمكن افتراض أن مصالح مستأجر العين وأصحابها من بعده - تعلق دوما - وفقا للدستور - حقوق مؤجرها وترجحها^(٥).

(١) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد رقم ٧ تابع بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٩٧. وانظر أيضا حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة أول سبتمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣٧ في ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧. ويلاحظ أن تعبير أخذ الملكية «A taking of property» ينطوي على اقتحامها المادي «Physical Invesion» أو اختلاعا للمزايا التي تنبني الملكية أو ترتبط بمقوماتها. ويعتبر إنكار هذه المزايا ممن يملكون معادلا في الآثار التي يربتها الاستيلاء على ملكهم فعلا «Physical Appropriation» ذلك أن المشرع حين يجرد الملكية من ثمارها وملحقاتها ومنتجاتها، فإنه يحيلها عدما، ولو بقيت لأصحابها السيطرة الفعلية على الأموال محلها. وقد عرفت المحكمة العليا الأمريكية اصطلاح أخذ الملكية، إشارة إلى وضع قيود تؤدي إلى الحرمان من الانتفاع بالملكية.

انظر قضية. Pennsylvania Cool Cov. Mahom, 360 U.S. 393 (1922).

(٢) دستورية عليا في ٤ مايو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤.

(٣) دستورية عليا في ٤ أكتوبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٧١ لسنة ١٩ قضائية. الجريدة الرسمية العدد ٤٢ في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٩٧.

(٤) دستورية عليا في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية». الجريدة الرسمية العدد ٤٨ في ٢٧ إبريل سنة ١٩٩٧.

(٥) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية دستورية. وفي هذا الحكم قضت =

ويرتبط العدوان على الملكية بتشويه حق الملكية ومسحه ، فلا يجوز النص على إلزام الدائن بشراء المال بسعر معين لما ينطوى عليه هذا النص من مساس بحرية الإرادة التي يتوقف عليها اكتساب حق الملكية^(١). وقد قضى المجلس الدستور الفرنسي بعدم دستورية نص يتطلب تصريحا مسبقا من الإدارة المحلية على أى نقل للملكية العقارية ، دون تحديد أوجه المصلحة العامة التي يجب على جهة الإدارة أن تسبب تصريحها بناء عليها^(٢).

كما أن الحماية الدستورية لحق الملكية لا يرد إلا على من اكتسبها بطريق مشروع ، وكان بيده سند صحيح ناقل لها على الوجه المقرر قانونا ، وأنه إذا كان سنده في اكتساب الملكية مشوبا بالغبن والاستغلال ، مناهضا بذلك للنظام العام ، فإن مقتضيات المصلحة العامة تحتم أن تنحسر عنه الحماية الدستورية المقررة للملكية الخاصة^(٣).

= المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر قائلة : من أن « وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر «مصارمة» حتى الدرجة الثالثة ، يشترط لاستمرار عقد الإيجار ، إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر ، أو مدة شغله للمسكن ، أيها أقل ».

وفي هذا المعنى دستورية عليا في ٤ أكتوبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٧١ سنة ١٩ قضية «دستورية» حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر . وانظر دستورية عليا في ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ قضية «دستورية» حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أن « وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر «نسبا» حتى عقد الإيجار إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه للعين أو مدة شغله للمسكن أيتهما أقل » . وانظر دستورية عليا في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضية «دستورية» حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما نصت عليه من استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزاول نشاطا تجاريا أو صناعيا أو مهنيا أو حرفيا ، في مباشرة ذات النشاط بعد تخطى هذا المستأجر عنها ، ولسقوط فقرتها الثالثة في مجال تطبيقها بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء .

Décision 98 - 403 Dc du 92 juillet 1998, Tax d'habitation. (١)

Annuaire Inter. de Justice const., 1998, p. 782 - 786.

انظر:

Décision 96 - 373 Dc du 9 avril 1996, Recueil, jur. const., p. 660 - 668. (٢)

(٣) دستورية عليا في ٥ يونيو سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٢٢٦ لسنة ١٩ قضية «دستورية» .

وكذلك الأمر، فإن الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية الخاصة تمتد إلى كل حق ذي قيمة مالية، سواء أكان هذا الحق شخصيا أم عينيا أم كان من حقوق الملكية الفنية أو الأدبية أو الصناعية، وهو ما يعنى اتساعها للأموال بوجه عام^(١).
وتتطلب هذه الحماية عدم سقوط الحق في إقامة الدعوى التي تحمى حق الملكية بانقضاء زمن معين، لأن حق الملكية غير قابل للسقوط بالتقادم^(٢).

حرية التعاقد :

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن حرية التعاقد لا تعنى على الإطلاق أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها، ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام، وقد يورد المشرع في شأن العقود - حتى ما يكون واقعا منها في نطاق القانون الخاص - قيودا يرمى على ضوئها حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها^(٣)، مثل التعامل في الحقوق المتنازع عليها على النحو المنصوص عليه في المادتين ٤٧١ و ٤٧٢ مدني^(٤). على أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صونا للحرية الشخصية، ولكونها وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيها بين أطرافها^(٥).

(١) فإذا كان النص التشريعي قد انتقص - دون مقتض - من الحقوق التي تثرى الجانب الإيجابي للذمة المالية للمخاطبين بحكمه فإنه يكون قد انطوى بذلك على عدوان على الملكية الخاصة (دستورية عليا في ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، وانظر ٤ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، ١٨ مارس سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١٥٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، ٥ يونية سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٢١٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية». وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن حرمان صاحب المال من فوائد أمواله المودعة بأحد الصناديق ينطوى على مساس بحق الملكية

(Phillipo V. Washington Legal Foundation, 55 USLW, 4468, June 15, 1998).

(٢) دستورية عليا في ١١ أكتوبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٣) دستورية عليا في ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٧ قاعدة رقم ٨ ص ١٣٩.

(٤) دستورية عليا في ٥ يونية سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٢٢٦ لسنة ١٩ قضائية «دستورية». الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٤.

(٥) دستورية عليا في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية». وفي هذا الحكم قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وتعتبر حرية التعاقد، فضلا عن كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها. ومن ثم فإن ضمانات حماية حق الملكية الخاصة تنسحب بالضرورة على حرية التعاقد، وكذلك يجب ممارستها في حدود التوازن الذي تتطلبه الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة^(١).

حرية التعبير:

وفي صدد حرية التعبير استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا^(٢) على أنه لا يجوز تقييد حرية التعبير بأغلال تعوق ممارستها سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها أو عن طريق العقوبة التي تتوخى قمعها، وذلك على أساس أنه إذا كفل الدستور حقا من الحقوق، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه إلا بالقدر وفي الحدود التي ينص عليها الدستور. وفي هذا المعنى قضى المجلس الدستوري في فرنسا أن المشرع لا يملك أن يفرض على الأشخاص العاديين - خارج ممارسة عمل من أعمال الخدمة العامة - الالتزام باستخدام كلمات أو عبارات معينة وإلا تعرضوا لتوقيع جزاءات معينة^(٣). وإذا كان جوهر هذه الحرية لا يجوز المساس به، إلا أن ممارستها يمكن أن تتقيد مراعاة لحقوق أخرى فرضها الدستور. ولهذا قضى المجلس الدستوري في فرنسا بأن هذه الحرية يمكن تقييدها لصالح احترام الكرامة الإنسانية، أو احتراماً لحرية الغير، أو حماية للنظام العام، أو مراعاة لاحتياجات الدفاع الوطني، أو مراعاة لمقتضيات الخدمة العامة^(٤). وفي الولايات المتحدة الأمريكية، أجاز وفقاً لقانون

(١) دستورية عليا في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية». وفي هذا الحكم قضى بأن ما تنص عليه المادة ٣٧ من الدستور أن يعين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية مؤداه أن هذا القيد لا يتعلق إلا بهذه الملكية، فإذا انسحب إلى غيرها كان مخالفاً للدستور.

(٢) دستورية عليا في ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٤١ ص ٦٣٧. وانظر دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٧ قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٧٠.

(٣) Déc. 29 Juillet 1994, Luchaire, Tome II, op. cit., p.74.

(٣)

(٤) Déc. 18 Septembre 1986, Luchaire, Tome II, op. cit., p.77.

(٤) انظر:

سميث (١٩٤٠) لمحاربة الشيوعية تقييد حرية التعبير، إذا كان مضمون التعبير يحتوى على خطر واضح وحاضر "Clear and present danger". وقضت المحكمة العليا الأمريكية بأن معنى الخطر الواضح الحاضر مسألة قانونية تقييد بها المحاكم^(١). وقضت بأن التحريض على مخالفة القانون لا يعتبر خطابا سياسيا، وأن التحريض على قلب نظام الحكم بالقوة لا يتمتع بأدنى حماية^(٢)؛ وذلك لأن المجتمع الديمقراطي يهدف إلى حماية التقدم السلمى للمجتمع في إطار الحرية^(٣). وقضت المحكمة العليا الأمريكية بأن نشر كتابات فاحشة تصور الأطفال في أوضاع جنسية لا يتمتع بالضمان الدستوري لحرية التعبير حماية للمصلحة العامة لأسباب منها حماية التكوين النفسى للأطفال^(٤).

الحق في سلامة الجسم:

وفي صدد الحق في سلامة الجسم يبدو مسلك المشرع في عدم تجريم المساس به في مقام التوازن مع حقوق أخرى يحميها الدستور.

فلا شك أيضا في تمتع الإنسان بالحق في سلامة جسمه وفقا لما جاء في الإعلان العالمى لحقوق الإنسان. ولا يتعارض هذا الحق مع ما قد يوجبه القانون من تطعيم إجبارى لتحصين الأطفال ضد بعض الأمراض، وترتيب عقوبة على الأب عند مخالفة أوامر المشرع في تطعيم الأطفال. فإذا كان المشرع قد أعطى أولوية للاعتبارات التى تحتم التطعيم الإجبارى ومنها وقاية الجسم من الأمراض، والمحافظة على الصحة العامة. فألقى بواجب على الأب يعتبر الإخلال به جريمة؛ إلا أن هذا التجريم لا يترتب عليه التضحية بحق الطفل في سلامة جسمه من الألم المترتب على حقنه طالما أن القصد كان هو المحافظة على هذا الجسم^(٥).

وقد ثار البحث عن مدى الحق في مساعدة الغير على التخلص من حياته بالانتحار طالما أن المريض يملك التخلص من حياته بعدم (الرضاء) بأن يكون محلا للعلاج.

(١) انظر: Dennis V.U.S, 341 U.S 494, (1951).

Gerald Gunther, Individual rights in constitutional law, Fifth edition, Westburxy, N.Y

(1992), pp.711 - 728.

Gerald Gunther, p.722.

Gerald Gunther, p.722, 723.

New York V.Ferber, 458 U.S. 747 (1982) Gerald Gunther, pp.792 - 796.

Luchaire, "Les fondements constitutionnels du droit civil" Revue Trimestrielle de droit (٥)

civil, 1982, p. 257.

Marc Frangi, Constitution et droit privé, Economica, 1992, pp. 147-150.

وانظر:

وقيل بأن رضاء المريض شرط عام لخضوعه للعلاج، الأمر الذي يعطيه حرية رفض إنقاذ حياته واستعجال موته^(١). إلا أن المحكمة العليا الأمريكية أكدت أن كل الديمقراطيات الغربية تعتبر مساعدة الغير على الانتحار جنائية، وأنه من المؤكد أن كافة الأمم المتحضرة تدل على التزامها باحترام الحق في الحياة باعتبار المساعدة على إنهاؤها جناية خطيرة. وأضافت المحكمة أن منع القتل العمد والمحافظة على الحياة الإنسانية ومنع الانتحار يدخل ضمن المصالح العامة المشروعة التي تكفلها الحكومة^(٢). ومع ذلك قضت المحكمة العليا بوجوب التمييز بين مساعدة المريض على الموت «Making That Patient Die» وبين ترك المريض يموت «Letting A patient Die» وهو ما يعنى التمييز بين المساعدة على الانتحار «Assisting Suicide» ورفض العلاج «Refusing Treatment»، وأن ترك المريض رافضا العلاج حتى الموت لا يعتبر عملا غير مشروع، بناء على حق المريض في رفض العلاج لإنقاذ حياته^(٣).

ويثور البحث كذلك في هذا النطاق عن مدى جواز نقل الأعضاء لأسباب علاجية، وكيفية التوفيق بين هذا الواجب وبين الحق في سلامة جسم الإنسان المنقول منه العضو. لقد أثار الموضوع عدة مشكلات قانونية يهمنها فيها الجانب الدستوري. وقد نظر إليه البعض من زاوية الحق في سلامة الجسم، ونظر إليه البعض الآخر من زاوية الحق في الصحة «Le doit à la santé». ووفقا لهذه النظرة المزدوجة إلى كل من الحق في سلامة الجسم والحق في الصحة، ساد مبدأ أن المريض الذي لديه حاجة حيوية لعضو من أعضاء إنسان حتى يمكن نقل هذا العضو إليه لعلاج (إشباعا لحقه في الصحة)، وذلك بشرط ألا يمس حق الإنسان المنقول منه العضو في صحته. وتبقى بعد ذلك شروط نقل الأعضاء والتحقق من احترام الحق في الصحة، وإجراء الموازنة بين الحق في سلامة الجسم والحق في الصحة، حتى لا تجور حماية حق على حق آخر، وعدم المساس بالأخلاق والقيم حتى لا يتحول نقل الأعضاء إلى تجارة أو استغلال، وهو ما سمي

(١) "liberty interest in refusing unwanted medical treatment".

انظر رأى القاضى Souter فى الاعتراض على الحكم الصادر من المحكمة العليا الأمريكية فى قضية -Wash- ington Et Al V. Glucksberg Et Al الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٩٧ (القضية ١١٠ - ٩٦).

(٢) "legitimate government interests"

(النظر القضية المشار إليها فى الهامش السابق).

(٣) انظر قضية : Wash- ington Et Al, Et Al V. Qwil Et Al, Vacco, Attorney General of New York, رقم ٩٥ - 1858 فى ٨ يناير سنة ١٩٩٧.

بالأخلاقيات البيولوجية "Bioethque". وقد لوحظ أن التشريعات التي أجازت نقل الأعضاء قد ركزت اهتمامها على وضع القواعد التي توازن بين الحق في سلامة الجسم والحق في الصحة، واحترام الأخلاقيات البيولوجية. وإذا اختلفت التشريعات في تنظيماتها بنقل الأعضاء إلا أن هذا الاختلاف يتفق في النهاية على التوفيق بين هذه المحاور الثلاثة. وهو ما لاحظته المشرع الفرنسي في تشريعاته المتعاقبة بشأن نقل الأعضاء (القانون رقم ٩٤ - ٤٨ لسنة ١٩٩٤، والقانون رقم ٩٤ - ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤، والقانون رقم ٦٥٤ - ٩٤ لسنة ١٩٩٤). وفي القانون الفرنسي حيث وضع فصلا جديدا في القسم الأول من الباب الأول لهذا القانون خاصا باحترام جسم الإنسان، وجاء قانون العقوبات الفرنسي فنص على الجرائم والعقوبات المخالفة للقواعد المنظمة لنقل الأعضاء.

وفي مصر ورغم خلو القانون من تنظيم عام لنقل الأعضاء^(١)، يجب أن يلاحظ أن الدستور المصري قد احترم الحق في الصحة حين أوجب على الدولة كفالة خدمات الصحة للمواطنين جميعا (المادة ١٧). ومن ثم، يجب التوفيق بين حماية الحق في سلامة الجسم (وهو حق يحميه الدستور) والحق في الصحة (وهو حق يحميه الدستور كذلك). ويلاحظ أن الدستور المصري قد حسم التوازن بين حرية البحث العلمي والحق في سلامة الجسم حين نص على أنه لا يجوز إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه. إلا أن الدستور لم يحسم الموازنة بين هذه التجربة وبين الحق في الصحة، فلا يكفي رضاء الإنسان إذا كان من شأن التجربة الطبية أو العلمية تعريض صحته للخطر ولو توافر هذا الرضاء.

الحق في الحياة الخاصة:

وفي صدد الحق في الحياة الخاصة، أدى التطور التكنولوجي لوسائل الإعلام إلى ظهور وسائل تكنولوجية جديدة تضع تحت تصرف الجمهور الصوت والصورة والوثائق وجميع المعلومات والرسائل أيًا كانت طبيعتها، ومن قبيل ذلك الإنترنت. وهو ما يهدد الحق في الحياة الخاصة، والمصلحة العامة المتمثلة في حماية القيم الثقافية والاجتماعية. ومن ناحية أخرى، أدى هذا التطور التكنولوجي إلى احتمال الاستيلاء على المعلومات أو

(١) انظر مع ذلك المادة ٢٤٠/٢، ٣ من قانون العقوبات.

برامج الكمبيوتر أو تزويرها، مما يعرض المصالح الاقتصادية لأصحابها للخطر أو الضرر، فضلا عن المساس بالمصلحة العامة^(١). وعندما يتدخل قانون العقوبات في الأحوال السابقة، فإنه مطالب بإحداث توازن بين جميع الحقوق التي يحميها دون المساس بجوهر كل منها.

حرية العقيدة:

وفي صدد حرية العقيدة أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن حرية العقيدة - في أصلها - تعنى ألا يحمل شخص على القبول بعقيدة غير مؤمن بها أو التنصل من عقيدة دخل فيها أو الإعلان عنها أو ممالأة إحداها تحاملا على غيرها، بل تتسامح الأديان فيما بينها، ويكون احترامها متبادلا، ولا يجوز كذلك في المفهوم الحق لحرية العقيدة أن يكون صونها لمن يبارسونها إضرارا بغيرها، ولا أن يكون تدخلها بالجزاء عقابا لمن يلوذون بعقيدة لا تصبفيها^(٢). ثم قضت بأنه لا ينال من حرية العقيدة صدور قرار من وزير التعليم بفرض قيود على الأزياء التي يرتديها الطلاب لجعل رداثهم محتشما موحدا وملائما، وبما لا يخل بقيمهم الدينية^(٣). ومفاد ذلك بمفهوم المخالفة أنه لا يجوز فرض قيود على حرية العقيدة يترتب على مخالفتها توقيع جزاء معين.

وفي مثال آخر، عرض أمام المحكمة الدستورية السويسرية طلب أحد أولياء الأمور إعفاء ابنته الطالبة المسلمة من دروس السباحة لأسباب دينية تتمثل في أن العقيدة الإسلامية تنهى الأطفال المختلطين (ذكرا وأنثى) من الاستحمام المختلط. إلا أن هذا الطلب قوبل بالرفض، ولما طعن في القرار أمام مجلس التربية في مقاطعة زيورخ، قرر المجلس رفض هذا الطلب مرة أخرى، فرفع الأمر إلى مجلس الدولة في ذات المقاطعة الذي أكد رفض طلبه. فالتجأ إلى المحكمة الاتحادية السويسرية مستندا إلى حرية العقيدة التي تحول دون قبول ابنته الاستحمام المشترك مع الطلبة الذكور. وقد استعرضت

(١) انظر: Actes du VIII^e congrès de l'Association Française de droit pénal organisé du 28 au 30 Novembre 1985 à l'université de Grenoble, Economica, pp. 309-320.

(٢) دستورية عليا في ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦.

(٣) دستورية عليا في ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ المشار إليه في الهامش السابق.

المحكمة ما نصت عليه المادة التاسعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن حرية التفكير وحرية العقيدة، وأكدت حقها في أن تقدر بحرية ما إذا كان هناك مساس لهذه الحرية أم لا. ولاحظت المحكمة أن هناك قواعد تنظم شروط الإعفاء من بعض المقررات المدرسية لأسباب دينية، وأنها حددت الأيام التي لا يدرس فيها الطلبة الكاثوليكيون واليهود، وأن الطلاب الذين يعتنقون أديانا من حقهم الحصول على الإعفاء من بعض المقررات بناء على طلب ممثلهم القانوني لأسباب دينية، وقالت المحكمة إن المدرسة يجب أن تكفل التماسك داخل الفصول، وأن مراعاة الممارسات الدينية لمختلف الطلاب تخضع للقيود حين يغدو معها مستحيلا توفير تعليم فعال منظم. وذهبت المحكمة إلى أنه وفقا لمبدأ التناسب لا يجوز للمصلحة العامة أن تمس حقا أساسيا ما لم يكن لها ثقل كبير يفوق المصالح الخاصة التي تواجهها، وأنه بناء على ذلك يجب موازنة المصلحة العامة التي تفرض الالتزام بالانتظام في الدراسة مع مصالح الطالب في أن يعيش مع أسرته وفقا لمعتقداته الدينية. ورأت المحكمة في ضوء ذلك أن التربية الرياضية وإن كانت تمثل جزءا مهما في التعليم الذي توفره الدولة، إلا أن هذا الهدف لا يتعطل تحقيقه بشدة إذا أعفى الطالب من دروس السباحة المختلطة لأن هذه الدروس تمثل جزءا صغيرا من مقرر التربية الرياضية. وأضافت المحكمة أنه لم يثبت لها أن الإعفاء من دروس السباحة المختلطة سوف يثير مشكلات تنظيمية جسيمة ولا يضحى بنظام التعليم وفاعليته في المدرسة^(١).

وواضح من هذا الحكم أن المحكمة أقرت واجب احترام حرية العقيدة إلا أنها أخضعت ممارستها إلى عدم الإخلال بالمصلحة العامة ذات الثقل الكبير.

تطبيقات أخرى:

ومن ناحية أخرى، فإنه في صدد التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، والمصلحة العامة من جهة أخرى؛ أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تتطلبها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها. وتطبيقا لذلك قررت المحكمة أن الحرية في أبعادها الكاملة لا تنفصل عن

(١) انظر حكم المحكمة الاتحادية السويسرية الصادر سنة ١٩٩٣.

Annuaire International de justice constitutionnelle, 1996, pp.857-869.

حرمة الحياة ، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها ؛ يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحدة وتفاعلها معها ، ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل منهم حقوقا قبل سلطة الاتهام ، بل يجب أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولا من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها ، ومن بينها - بل في مقدمتها - حق الدفاع^(١).

وإذا نظرنا إلى المجلس الدستوري الفرنسي ، نجد أنه طالما اعترف بوجود مصلحة عامة تبرر الخروج في بعض الأحوال على مبدأ المساواة بشرط أن يكون الاختلاف في المعاملة المبني على اعتبار المصلحة العامة له علاقة مباشرة مع الهدف من القانون الذي أقر هذا الاختلاف^(٢). ومن قبيل هذه الأحوال ما تعلق بخشية التهرب الضريبي^(٣)، ومحاربة الغش الضريبي^(٤)، ومحاربة استهلاك الخمر^(٥)، والاشتراك الفعال للناخبين في انتخابات معينة^(٦)، وتنوع وسائل التعيين في وظائف الإدارة العليا^(٧)، وتشجيع التنقل الجغرافي للفرنسيين من خلال ضمان أفضل حماية اجتماعية للذين يعملون في الخارج^(٨)، وضمان استمرار المشروعات الصغيرة والمتوسطة^(٩)، واحترام حجية الأمر المقضي^(١٠)، وقد ذهب الفقيه لوشير^(١١) إلى أنه يصعب استخلاص قواعد موضوعية من قرارات المجلس الدستوري الذي أعطى فيها الأولوية للمصلحة العامة ، إلا أنه لوحظ أن هذا الإعطاء كان متفقا - في نظر المجلس الدستوري - مع الغاية من التشريع ، وطالما ردد هذا المجلس في قراراته التي أعطى فيها الأولوية لاعتبارات

(١) دستورية عليا في ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٧ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٤٩ .

(٢) Décision du 9 Avril 1996, No. 96 - 375. (٢)

29 Décembre 1989, Revue de droit public et des sciences politiques, 1983, p.110. (٣)

29 Décembre 1983, droit social 1984, p.46. (٤)

8 Janvier 1991, droitsocial 1991, p.11. (٥)

16 Janvier 1986, Revue de droit public et des sciences politiques, 1986, p.345. (٦)

20 Mars 1997, Journal officiel de la République française, p.117. (٧)

28 Décembre 1996, droit fiscal, 1996, p.98. (٨)

29 Décembre 1986, droit fiscal, p.184. (٩)

Lucaire, op. cit., No. 177, p.129. (١٠)

F. Lucaire, op. cit., No.181, p.131, 24 Juillet 1991, Revue. (١١)

المصلحة العامة للخروج على مبدأ المساواة، بأن هذا الخروج يتفق مع الغاية من التشريع^(١). وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي حقه في مراقبة ما إذا كانت المصلحة العامة تبرر المساس بمبدأ المساواة^(٢).

وقد عنى المجلس الدستوري - كذلك - بالاعتداد بالمصلحة العامة لتقييد حرية التعاقد^(٣)، وكشرط للسماح برجعية النصوص غير الجنائية^(٤)، ويسمح بأن تكون المصلحة المالية مبررا لرجعية قانون بتصحيح بعض الأعمال الإدارية^(٥). ولكنه اعتبر مصلحة عامة لتفادي تفاقم الخصومات التي تؤدي إلى أخطار تهدد التوازن المالي للنظام المصرفي في مجموعه، وتؤثر في النظام الاقتصادي العام^(٦). كما يصلح توافر المصلحة العامة كمبرر للنص على رجعية قانون بتصحيح قرارات ضريبية لمنع تطور منازعات من شأنها تعريض استمرار المرافق العامة للخطر^(٧). وفي هذا القرار الأخير ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى أنه إذا كانت المصلحة العامة لها قيمة دستورية يجوز للتشريع أن يصحح عملا مخالفا للدستور من أجل إشباع هذه المصلحة. وفي هذا الاتجاه أجازت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن يصدر قانون يلغى بأثر رجعي قرارات بفرض ضريبة على المبيعات^(٨).

6 Décembre 1990, droit social 1991, p.84.

(١)

Ferdinand Mèlin - Soucramanien; Le principe d'Egalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Economica, 1997, pp. 190,191.

Déc. 87-232 du 7 januier 1988, Recueil jur. const. p. 317

Déc. 90-280 du 6 décembre 1990, Recueil op. cit., p. 412.

Déc. 90-283 du 8 janv 1991, Recueil op. cit., p. 417.

Déc. 94-384 du 3 aout 1994, Recueil op. cit., p. 602.

Déc. 91-297 du 29 juillet 1991, Recueil op. cit., p. 463.

(٢) انظر:

Luchaire, Le conseil في الدستور الصادر في ١٠ يونيو سنة ١٩٩٨ (مشار إليه في constitutionnel, Tome III, Economica, 1999, p. 203).

Déc. no. 93-332 du 13 janvier 1994, Recueil op. cit., p. 567.

(٤) انظر مثالا لذلك:

Déc. no. 95-369 du 28 décembre 1995, Recueil op. cit., p. 646.

(٥)

Déc. no. 96-375 du 9 avril 1996, Recueil op. cit., p. 668.

(٦)

Déc. no. 97-390 du 19 novembre 1997, Recueil op. cit., p. 717.

(٧)

(٨) دستورية عليا في ٣ من إبريل سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٤٤ لسنة ١٩ قضائية دستورية. الجريدة الرسمية العدد ١٥ في ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩. وقد لوحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قضى بعدم دستورية نص تشريعي ضريبي مشمول بالأثر الرجعي لعدم توافر مصلحة عامة كافية تبرر هذا الأثر. (قراه الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٨ مشار إليه في 204, p. (Luchaire, op. cit., p. 204).

٣٠- دور النظام الاقتصادي في إحداث التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة

هناك علاقة وثيقة متداخلة بين الاقتصاد والقانون لا يمكن تجاهلها. وقد أدت هذه العلاقة إلى الربط بين فكرة الدولة القانونية والتنمية، حتى أصبح الحق في التنمية أحد حقوق الإنسان في الجيل الثالث لتطورها.

وتعكس التحولات الاقتصادية العالمية عمق العلاقة بين الاقتصاد والقانون. فقد كان النموذج السائد في الاتحاد السوفيتي وسائر دول الكتلة الشرقية هو تدخل الدولة في الاقتصاد تدخلا عاما شاملا، مما أدى إلى أن أصبح القانون أداة فعالة لتبرير هذا التدخل على حساب الحقوق والحريات لصالح تفوق الدولة تحت مسمى المصلحة العامة. وقد أدى اختلال التوازن بين الحقوق والحريات من ناحية، والمصلحة العامة من ناحية أخرى إلى انتكاس مفهوم الدولة القانونية المرتبط بالديمقراطية، وتفوق العنصر الشكلي في سيادة القانون المتمثل في التزام المخاطبين بأحكامه على حساب عنصره الموضوعي المتمثل في احترام حقوق الأفراد وحرياتهم^(١). إلا أن ذلك لم يكتب له الدوام لانعدام عوامل الاستقرار والأمن القانوني المرتبطة بحماية الحقوق والحريات؛ ففجأة دب الاضمحلال في بنيان الدولة كما بدا في ألمانيا الشرقية، ثم سقوط الدولة كما حدث للاتحاد السوفيتي، وهو ما يعنى انهيار النظام القانوني في هاتين الدولتين.

ويقابل هذا النموذج الذي انهار نظامه القانوني، نموذج آخر يحترم المبادرة الفردية وروح قانون السوق يقوم على نظام الحرية الاقتصادية. وهو ما لا يتمشى إلا مع احترام الحقوق والحريات، وبالتالي تطبيق الديمقراطية بما تتطلبه من توازن بين الحقوق والحريات فيما بينها وبين المصلحة العامة. ويحكم هذا التوازن المبادئ والقواعد التي تنظم الدولة القانونية في نظام الحرية الاقتصادية القائم على قانون السوق، والتي توازن بين دور الدولة في الاقتصاد الحر، وبين المبادرات الفردية في هذا النظام. ويأخذ هذا التوازن إطارا خاصا في اقتصاد الدولة النامية نظرا إلى أنه لا يمكنه أن يتحول فجأة بعصا سحرية إلى نظام اقتصاد السوق على النحو المطبق بصفة مستقرة في دولة أخرى. فالأقتصاد النامي يفترض تغييرا في السلوك وتحولا عميقا في العقلية، وهو ما يتطلب

(١) انظر ما تقدم ص ٢٠.

وقتا يمكن فيه حدوث التغيير والتحول . إلا أنه لا يمكن أن يتم ذلك بمعزل عن دور الدولة في التنمية وفي إدارة الاقتصاد . فإزال للدولة مهام خاصة بها وحقوق لها عليها أن تمارسها، تتمثل في تحقيق العدالة، والدفاع، والتعليم، وتأمين المواطنين . وعلى الدولة تحديد قواعد السوق فيما يتعلق بالملكية الخاصة، وحرية المنافسة، وحماية الاستثمار وطنيا وأجنيبا، وعليها حماية الإنتاج الوطنى ضد الإغراق، وعليها رعاية استقرار تطبيق هذه القواعد . وعلى الدولة أيضا تشجيع الأفراد على ممارسة أنشطة ذات مصلحة جماعية وأن تشارك في دفع مشروعات كبيرة لا يستطيع الأفراد تحمل مسئوليتها وحدهم . وعلى الدولة أن تعمل على توسيع رقعة الملكية الخاصة للمشروعات^(١) . ومن خلال سياسة اقتصادية سليمة تقوم على الجمع بين السياسة النقدية والسياسة المالية في الموازنة، يمكن ضمان استقرار الاقتصاد وتنظيم النمو . وتؤكد السياسات الحالية لكثير من الاقتصاديات النامية أهمية السيطرة على النفقات العامة، والالتجاء المعتدل إلى فرض الضرائب، والحد من الاقتراض لتحقيق هذا الهدف . وقد نبه ريمون بار إلى شرطين هامين لنجاح الاقتصاد هما : المنافسة والمرونة ، وقال إن المنافسة يجب أن تكون في إطار قواعد واضحة تجنب السيطرة والاحتكار، وأن المرونة لا تعنى أكثر من القدرة على تكيف الهياكل والتنظييات والعقليات لمواجهة التنافس العالمى^(٢) .

وبجانب ذلك، يجب على الدولة أن تضع سياسة اجتماعية تضمن حماية المواطنين ضد الأخطار وأن تضمن تكافؤ الفرص وأن تحارب الاستثناءات ، وأن تشجع على العمل ، وأن تنمى روح القيام بالمشروعات .

ومن مجموع هذه السياسات يتطور شكل تدخل الدولة من اقتصاد الأوامر إلى

(١) قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن ما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور من أشكال للملكية تنقدها الملكية العامة ، وتقوم إلى جانبها كل من الملكية التعاونية والملكية الخاصة ، ليس إلا توزيعا للأدوار فيما بينها لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعا لرقابة الشعب ، ومقتضاها أن يكون الاستثمار العام وقودا للتقدم ، معبدا الطريق ، فلا يقتصر على ميادين محدودة ، بل يمتد إلى مواقع رئيسية تعمل الدولة من خلالها على تنفيذ مهامها السياسية والاجتماعية . (دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد (٧) تابع في ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧) .

(٢) انظر : Raymond Barre; Contribution d'un économiste à la réflexion de juristes sur le rôle de l'État dans le développement de l'économie (Institut international de droit d'expression et d'inspiration Française, le rôle de l'Etat dans le développement de l'économica, Ap-proches nationales, Bruylant, 1997, pp. 11 - 17.

اقتصاد القواعد والسياسات . وتزدهر سيادة القانون في ظل اقتصاد القواعد كما أنها تتراجع غالبا في ظل اقتصاد الأوامر، فسيادة القانون تتطلب خضوع الجميع لقواعد معروفة سلفا تحكم مختلف العلاقات وأن يتحقق قدر من التوازن في علاقات هذه الأطراف . ويختلف الأمر في اقتصاد الأوامر حيث تصدر الدولة من خلال أجهزتها أوامر واجبة التنفيذ على آخرين ، ولو اتخذت شكل القوانين ؛ لأنه في هذه القوانين لا يتحقق التوازن بين الأطراف ، لأن الدولة غالبا ما تكون أحد أطراف هذه العلاقات بما تملكه من سلطة تضع بها كافة المتعاملين معها في مركز الضعيف^(١) . وفي اقتصاد القواعد يتجلى مبدأ التناسب لكي يتحقق التوازن المطلوب بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى . ويتجلى التوازن مع المصلحة العامة بوجه خاص في المشروعات العامة التي تهدف من ورائها الدولة إلى تحقيق الخدمة العامة كمصلحة عامة . وتأثر هذا التوازن من الناحية القانونية من خلال عدة أدوات للتحليل الاقتصادي مثل أداة التوازن بين التكاليف والمزايا التي تعود على المشروع «L'analyse des coûts avantages» وأداة المعايير المتعددة لتقييم أهمية كل معيار في تحقيق هدف معين^(٢) . ومن خلال كل من هذه الأدوات يتم البحث عن أفضل الطرق لتحقيق التناسب داخل القاعدة القانونية التي تسعى نحو تحقيق الهدف المطلوب ، بما يحقق في ذات الوقت التوازن بين الحقوق والحريات من جهة ، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى .

ويبين مما تقدم ، أن إطار التوازن بين الحقوق والحريات من جهة ، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى يتأثر بالنظام الاقتصادي . كما يبين أن نموذج هذا النظام يثير في ذاته قضية الديمقراطية بالنسبة إلى دور الأفراد في التنمية الاقتصادية . وبذلك يتضح من مجموع ما تقدم مدى الارتباط الوثيق بين الاقتصاد والديمقراطية والدولة القانونية .

(١) انظر الدكتور حازم الببلاوي ، دور الدولة في الاقتصاد ، دار الشروق سنة ١٩٩٨ ص ٦٦ - ٦٩ .
 (٢) فإذا استهدفت الحكومة مكافحة حوادث الطرق ، فإنها توازن بين تكلفة حوادث الطرق (ومنها مصاريف العلاج في المستشفيات) ، وعدد الأشخاص الذين أنقذت حياتهم ، وتأثير التدابير المقترحة حول سلوك مستخدمي الطرق . وفي ضوء ترتيب هذه المعايير وفقا لدرجة تأثيرها يمكن اتخاذ التدابير التي تحقق الأهداف المتوخاة . وتعتبر هذه التدابير هي (المتناسبة) مع الحالة محل البحث .
 انظر: Xavier Philippe, op. cit., pp. 22 - 24.

الفصل الثانى

مبدأ المساواة

٣١- فكرة عامة :

يرتبط مبدأ المساواة بمفهوم حقوق الإنسان . وقد نصت المادة ١٤ / ١ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦) على أن جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٤ / ٣ من هذا العهد الدولى على أن لكل فرد عند النظر فى أى تهمة جنائية ضده الحق فى حد أدنى من الضمانات على سبيل المساواة التامة .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن المساواة هى توأم الحرية ، لأنه بدونها تصبح ممارسة الحريات العامة كلمة عابثة^(١). وقال جان جاك روسو فى كتابه عن العقد الاجتماعى إن الحرية لا يمكن أن تبقى بغير المساواة^(٢). وقد أكد الدستور المصرى مبدأ المساواة أمام القانون فيما نص عليه فى المادة ٤٠ من أن « المواطنى لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة »^(٣).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بصدارة مبدأ المساواة أمام القانون لباب الحريات والحقوق العامة فى الدستور ، باعتباره أساس العدل والحرية والسلام

(١) L.G.D.J., J. Robert, Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration, (١) 1956, p.9.

Thierry Renoux, op. cit., p.450.

(٢) مشار إليه فى

(٣) تقابل المادة (٣) فى كل من دستور ١٩٢٣ ، ودستور ١٩٣٠ ، وتقابل المادة (٢) فى الإعلان الدستورى الصادر فى ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ ، وتقابل المواد (٣١) فى دستور ١٩٥٦ ، (٧) فى دستور ١٩٥٨ ، (٢٤) فى دستور سنة ١٩٦٤ .

الاجتماعى وعلى تقدير أن غايته صون حقوق المواطنين وحررياتهم فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أو تقييد ممارستها^(١).

ويعتبر مبدأ المساواة من المبادئ العامة للقانون، ويرتكز على أساس من الفلسفة السياسية للديمقراطية باعتبار أن الحرية لا توجد ما لم تكن متاحة للجميع، فلا ديمقراطية بغير حرية. ولهذا يستخدم مبدأ المساواة لتطبيق جميع القواعد المتعلقة بالحقوق والحرريات. فهو مبدأ وسيط لتطبيق سائر هذه القواعد. ولهذا يعتبر مبدأ المساواة أحد دعائم الدولة القانونية، على أساس أن سيادة القانون لا تعلق ما لم يطبق على قدم المساواة. وبناء على ذلك، لا يحتاج إقرار هذا المبدأ إلى نص صريح فى القانون باعتباره جزءاً مفترضاً فى النظام القانونى فى الدولة القانونية، ومن ثم فإنه يتمتع بالقيمة الدستورية سواء بناء على نص صريح فى الدستور (مثاله المادة ٤٠ من الدستور المصرى)، أو باستخلاصه ضمناً من مواده التى تعتنق النظام الديمقراطى ومبدأ سيادة القانون.

ولا تقتصر القيمة الدستورية لهذا المبدأ على الحقوق والحرريات التى يحميها الدستور، وإنما ترد أيضاً على كافة الحقوق التى يكفلها المشرع للمواطنين فى حدود سلطته التقديرية^(٢).

ومع ذلك، فقد شكك جانب من الفقه الأمريكى فى مضمون مبدأ المساواة، فقال البعض بأنه فكرة فارغة^(٣). إلا أن هذا النقد سرعان ما رد عليه البعض الآخر من ذات الفقه بأن هذا المبدأ يكفل المساواة فى الاحترام للمواطنين، وأنه يقيم قرينة قانونية قوية لصالح مساواة الأشخاص فى المعاملة^(٤).

(١) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية (دستورية) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع رقم ٣٣ ص ٢٥٦.

(٢) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ المشار إليه فى الهامش السابق، ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ص ٥ (المجلد الأول) ص ٣٤٤، ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ص ٦ ص ٨٠.

(٣) انظر:

Greenawlt, "How Empty is the idea of Equality?", 83 Colum. Law Review, 1167 (1983).

(٤) انظر:

Westen, "How Empty is the idea of Equality?", 95 Haverd Law Review, 537 (1982).

وقد عني مجلس الدولة المصري بإعمال مبدأ المساواة في مختلف المجالات مثل المساواة أمام القضاء^(١)، والمساواة أمام الوظائف العامة، والمساواة في التكاليف والأعباء العامة، والمساواة في تحمل الضرائب^(٢). كما سار على ذلك مجلس الدولة الفرنسي^(٣).

أما القضاء الدستوري، فقد عني بتفسير مبدأ المساواة على نطاق أوسع مما عرفه مجلس الدولة. ويبدو هذا الاتساع في مظهرين: أولهما، المجالات التي ينظرها القضاء الدستوري، فهي تتسع عما ينظره مجلس الدولة بحكم اختصاصه المحدد في القانون. وثانيهما، أصالة تفسير مبدأ المساواة، نظرا لاختلاف نطاق السلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة عن نطاق هذه السلطة حين يمارسها المشرع؛ وذلك لأن دور جهة الإدارة يقتصر على تنفيذ أوامر المشرع فتتقيد بها مما يجعل سلطتها التقديرية بدرجة محدودة، ومن ثم فلا يمكن لجهة الإدارة أن توسع من سلطتها التقديرية عند وضع اللوائح على حساب مبدأ المساواة إلا بقدر محدود لأنها تتصرف في نطاق القانون. هذا بخلاف المشرع الذي يمكن أن تنطلق سلطته التقديرية إلى آفاق أوسع سواء لمحاربة التمييز المناهض للمساواة أو لتقرير اختلاف في المعاملة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة^(٤).

٣٢- مضمون مبدأ المساواة :

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المساواة أمام القانون ليست مساواة

(١) قضت محكمة القضاء الإداري بأن منع القضاء من سماع الدعوى من الموظف المفصول بغير الطريق التأديبي يخالف المبادئ العليا المتعارف عليها وللأصول الدستورية (قضاء إداري في ١٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام القضاء الإداري س ٨ بند ٤٩٩ ص ٩٦٩، ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٤ س ٩ بند ٤٧ ص ٤٢).

(٢) انظر الدكتور فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة في حماية الحقوق والحريات العامة، ج ١ سنة ١٩٨٨ ص ٢٠٣-١٩٩.

(٣) انظر تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي لمبدأ المساواة في :

Fredmand Mélin - Sovcramenien, op. cit., pp. 33 - 46.

(٤) انظر :

G. Vedel; "L'égalité", la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité, la documentation française, Paris, 1990, p.179.

Ferdinand Mélin - soucramenien, le principe d'Egalité, op. cit., pp.47 - 50.

حسابية، بل يملك المشرع بسلطته التقديرية ولتقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية لتحديد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون^(١).

إن المساواة لا تعنى (التطابق) ولا تنقيد به^(٢). فكما قال العميد ديجي إن المساواة المطلقة (بطريقة رياضية) بين الناس تؤدي في حقيقة الأمر إلى عدم المساواة^(٣). وقديما قال أرسطو إن المساواة هي عدم المساواة بين غير المتساويين، بينما عدم المساواة هي المساواة بين غير المتساويين. ومن ثم فإن المساواة القانونية «L'égalité juridique» لا يجوز فهمها بمعنى ضيق «Strict sensu»، فهي لا تعنى سوى عدم التمييز «Principe de non discrimination»، وهو ما ستظهره بوضوح المادة ٤٠ من الدستور المصري، إذ جرى نصها على أن (المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة).

ويعبر عن مبدأ المساواة كضمان دستوري، بالمساواة أمام القانون. ويلمع هذا المبدأ في ضوء ما يحتاج إليه من تحديد لمضمونه الذي ساهم القضاء الدستوري في إيضاحه وبلورته. وقد ظهرت عدة اصطلاحات للتعبير عن مبدأ المساواة؛ فذهب البعض إلى أن المساواة القانونية تحمل ثلاثة معان، هي المساواة أمام القانون «Egalité devant la loi»، والمساواة داخل القانون «Egalité dans la loi»، والمساواة بواسطة القانون. وقيل بأن المساواة أمام القانون هو المعنى الذي استهدفته الثورة الفرنسية، وأريد به وضع حد لنظم عدم المساواة العميقة بين المواطنين أمام القانون. ويقصد به أن القانون يجب

(١) المحكمة العليا في ٦ مارس سنة ١٩٧١ في القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية «عليا»، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، القسم الأول، جـ ١ ص ١.

دستورية عليا في ٧ فبراير سنة ١٩٨١ في القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ١ ص ١٦١، ١٦ مايو سنة ١٩٨٢ في القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٣ ص ١٧٦، دستورية عليا في ٢١ مايو سنة ١٩٨٩ في القضية رقم ١٦ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٤ ص ٢٤٠، دستورية عليا في ٤ مايو سنة ١٩٩١ في القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة رقم ٤٢ ص ٣٥١، ١٤ مارس سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

Xavier Philippe, op. cit., p. 92.

(٢) انظر:

Thierry Reoux, op. cit., p. 92.

(٣) انظر:

تطبيقه بنفس الطريقة على الجميع مهما كانت مستوياتهم، باعتبار أن القانون بقواعده العامة المجردة ينطبق على الجميع بغير استثناء. أما المساواة داخل القانون، فيقصد بها أن القانون يجب أن يكون عادلاً، أى يقرر المعاملة الواحدة للمراكز القانونية الواحدة، بينما يقرر المعاملة المختلفة للمراكز القانونية المختلفة. وقد عبر عن ذلك البعض بالقول بأن فكرة المساواة تتحقق بالاختلاف «Egalité par la differenciation» مما يقتضاه تحقق المساواة حين يضع المشرع قواعد متميزة لكل مجموعة من المواطنين يندرجون تحت مراكز قانونية مختلفة^(١). كل هذا مع مراعاة أن المساواة المتوخاة ليست المساواة الحسابية. ويقصد بالمساواة بواسطة القانون إمكان تقرير معاملة واحدة لمراكز مختلفة، أو العكس بالعكس، إذا اقتضى ذلك سبب موضوعي منطقي^(٢). وواقع الأمر، فإن هذه المعاني الثلاثة متساندة متكاملة تعطى مضمونا متكاملاً للمساواة يتمثل في ثلاث ركائز لهذه المعاني على التوالي؛ وهى: مساواة الجميع في المعاملة القانونية، دون أن تكون محض مساواة حسابية، مع إمكان التمييز في المعاملة إذا اقتضى ذلك سبب موضوعي منطقي. وكل هذه الركائز جميعاً تسهم في تحديد مضمون المساواة القانونية، أى المساواة أمام القانون. فهى مساواة لا تتحقق إلا بداخل القانون وبواسطته.

ووفقاً لما تقدم تتحدد المبادئ الآتية:

- (١) تكون المساواة في المعاملة القانونية لأصحاب المراكز القانونية المتماثلة.
- (٢) تخلف المعاملة القانونية لأصحاب المراكز القانونية المختلفة.
- (٣) تتحقق المساواة ولو تطلب الأمر التمييز في المعاملة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، إذا اقتضى ذلك سبب موضوعي منطقي، يرتبط بالهدف من القانون، وبالمصلحة العامة.

وتشير هذه العناصر الثلاثة المحددة لمضمون المساواة مسألتين:

الأولى: معيار تحديد المراكز القانونية من حيث التماثل أو الاختلاف، نظراً لما يترتب على هذا التحديد من مساواة أو اختلاف في المعاملة القانونية بحسب الأصل. ويتمثل

(١) انظر: Rivero مشاراً إليه في، p. 451، op. cit., Thierry Renoux.

(٢) انظر: Marianne Dony, Le principe d'égalité dans l'union européenne, (I.D.E.F., Le juge de l'administration et les droit fondamentaux dans l'espace francophone, 1999, p. 300).

هذا المعيار - كما سنبين فيما بعد - في الشروط الموضوعية التي يحدد المشرع على ضوءها هذه المراكز. والمرجع في ذلك هو اتصال النصوص التي ترتبها بالحقوق - أو الالتزامات - التي ترتبها، أى بالهدف من هذه النصوص من حيث أحكامها القانونية.

الثانية: معيار تحديد التمييز في المعاملة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة. ويتمثل هذا المعيار - كما سنبين فيما بعد - في ارتباط هذه المعاملة بالهدف من القانون والمصلحة العامة على نحو موضوعي منطقي.

والجامع بين معيار المساواة في كل من هاتين المسألتين هو الموضوعية.

وفي ضوء هذين المعيارين تتحدد المساواة في المعاملة القانونية في ضوء محورين:

أولهما: تحديد المراكز القانونية وفقا لشروط موضوعية من حيث التماثل أو الاختلاف.

ثانيهما: تحديد المعاملة القانونية مع المراكز القانونية المتماثلة.

وفيما يلي نحدد مدلول كل من هذين المحورين.

٣٣- (أولا) تحديد المراكز القانونية وفقا لشروط موضوعية من حيث التماثل أو الاختلاف:

تتحدد المراكز القانونية من حيث التماثل أو الاختلاف وفقا لشروط موضوعية ترتبط كل الارتباط بالأحكام التي تنشئ الحقوق والالتزامات. ويقصد بالمراكز القانونية في هذا الصدد أطراف العلاقة القانونية التي تحدد الحقوق والالتزامات، فهي لا تماثل أو تختلف إلا وفقا لشروط موضوعية تتوقف على طبيعة هذه الحقوق أو الالتزامات. فالمركز القانوني للبائع يختلف عن المركز القانوني للمستأجر، فالشروط الموضوعية لتحديد المركز القانوني للبائع ترتبط بطبيعة عقد البيع التي تختلف عن طبيعة عقد الإيجار. كما أن المركز القانوني للموظف العام يختلف عن المركز القانوني للعامل في شركة خاصة، لاختلاف طبيعة العلاقة بين الموظف العام والدولة؛ فهي علاقة يحكمها القانون العام، بخلاف العلاقة بين العامل في شركة خاصة وصاحب العمل؛ فهي علاقة يحكمها القانون الخاص. إلا أن اختلاف المراكز القانونية ينحصر في العلاقة القانونية التي كونتها، فقد يتماثل أصحاب هذه المراكز في علاقة قانونية أخرى يتكافئون فيها مثل التمتع بحق التقاضي، وهي علاقة بين الفرد والدولة تلتزم فيها الدولة بتمكين الفرد بوصفه مواطنا من التمتع بحقوقه المدنية والسياسية.

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن هذا المعيار في عبارات مختلفة . فبمناسبة تحديد المساواة في التمتع بحق التعليم قالت بأن السبيل إلى فض التزاحم والتنافس على الفرص المحدودة للتعليم لا يتأتى إلا بتحديد مستحقّيها وترتيبهم فيما بينهم وفق شروط موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه ، فإذا استقر لأى منهم الحق في الالتحاق بإحدى الكليات أو المعاهد العالية وفق هذه الشروط فلا يحل من بعد أن يفضل عليه من لم تتوافر فيه تلك الشروط^(١) . وبمناسبة الخضوع للضريبة المفروضة في الخارج ، قضت بأن تماثلهم في الواقعة المنشئة للضريبة وهى تحقيق دخل ناجم عن عملهم في الخارج ومتولد عنه ؛ لا يجوز معه التمييز بينهم في المعاملة على أساس لا علاقة له بهذه الواقعة ، هو الدرجة الوظيفية التى يشغلها في مصر^(٢) ، أو أن العامل في الخارج يعمل في الدولة والقطاع العام ، دون القطاع الخاص^(٣) - طالما أن الواقعة المنشئة للضريبة قد توافرت بالنسبة إلى هؤلاء جميعا .

وبمناسبة واقعة فرض الحراسة ، قضت بأنه لا يوجد تباين بين المركز القانونى لمن وضعت أمواله تحت الحراسة استنادا إلى قانون الطوارئ ، وبين غيرهم ممن يملكون

(١) دستورية عليا في ٢٩ يونية سنة ١٩٨٥ في القضية رقم ١٠٦ لسنة ٦ قضائية «دستورية» ، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج٣ ص ١١٩ . وبناء على هذا المبدأ حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النصوص التى أجازت استثناء بعض فئات الطلبة من شرط المجموع عند الالتحاق بالكليات والمعاهد العليا ، قائلة بأن المعاملة الاستثنائية في القبول بالتعليم العالى التى تضمنتها بعض النصوص التشريعية تستتبع أن يحل أفراد الفئات المستثناة محل من يتقدمونهم في درجات النجاح في الثانوية العامة أو ما يعادلها في الانتفاع بحق التعليم في مرحلته العالية المحدودة فرصها ، «الأمر الذى يتعارض مع طبيعة التعليم وأهدافه ومتطلباته الدراسية فيه» ، إذ تقوم هذه المعاملة في أساسها ودوافعها على تقرير مزية استثنائية للطلبة المستفيدين منها قوامها إما مجرد الانتاء الأسرى إلى من كان شاغلا لوظيفة بعينها ، أو قائما بأعبائها في جهة بذاتها ، أو متوليا مسئوليتها في تاريخ معين أو من كان قد استشهد أو توفى أو أصيب بسبب أداء مهامها ، أو من كان حاملا لوسام ، وإما أن يكون مناطق الانتاء إلى المناطق النائية بسبب الميلاد أو الإقامة أو الحصول منها على شهادة الثانوية العامة وإما أن يكون منحها مرتبطا بواقعة بذاتها تتعلق بالطلبة أنفسهم من إصابة في العمليات الحربية أو حصولها على وسام معين ، وانظر في الموضوع نفسه دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٢ ، القضية رقم ٤١٠ لسنة ٧ قضائية «دستورية» ، مجموعة المحكمة الدستورية ، ج٥ (المجلد الأول) ص ١٣٢ .

(٢) دستورية عليا في ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ ، القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ، ج٦ ص ٨ .

(٣) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٩ ، القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» .

منقولاً أو عقاراً غير محمل بهذا التدبير و يقيمون دعوى الاستحقاق ، وذلك في صدد حق هؤلاء جميعاً في رفع دعوى الاستحقاق ، وأنه بناء على هذه المساواة لا يحق تقييد حق من وضعت أموالهم تحت الحراسة استناداً إلى قانون الطوارئ ، في رفع دعوى الاستحقاق بغرض معين ، خلافاً للأصل العام . واستندت المحكمة الدستورية العليا في قضائها في هذا المثال إلى أن التمييز بين هاتين الفئتين لا يستند إلى أسس موضوعية ، وذلك لارتكازه في مبناه على واقعة الحراسة المعدمة قانوناً والتي لا تصلح لإحداث تباين في المراكز القانونية^(١) . وقضت المحكمة الدستورية العليا - كذلك - بأنه لا يوجد اختلاف في المركز القانوني بين الأشخاص الطبيعيين الذين شملتهم التدابير الاستثنائية التي فرضتها الدولة عليهم قبل العمل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب ، وبين غيرهم ممن لم تشملهم هذه التدابير ويدعون ملكية أموال يقيمون دعوى الاستحقاق لطلبها ، وذلك أن هؤلاء وهؤلاء يطلبون رد أموالهم إليهم - أي كان سبب تملكهم لها - ولا يتمايزون عن بعضهم البعض إلا في واقعة بعينها تعد منعدمة في ذاتها من زاوية دستورية هي تلك التي تتعلق بإخضاع الأولين لتلك التدابير التي فرضتها الجهة الإدارية على وجه غير مشروع ، وبالتالي لا تدخل في تكوين المراكز القانونية التي لا تعتبر كذلك إلا بافتراض مشروعية عناصرها جميعاً^(٢) .

(١) رتبت المحكمة الدستورية على ذلك القضاء بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة فيما قررت من عدم قبول الدعاوى المتعلقة بالحقوق الناشئة عن الحراسة التي فرضت قبل العمل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب أو المترتبة عليها ما لم ترفع الدعوى بشأنها خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون . (دستورية عليا في ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني) ص ١٧٣) ، وانظر: دستورية عليا في ١٥ مايو سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ١٨ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة ، ج ٥ (المجلد الثاني) ص ٣٠٤ ، ٦ يونية سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٥ (تابع) في ١٨ يونية ١٩٩٨ .

(٢) دستورية عليا في ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ ، القضية رقم ٩ لسنة ١١ قضائية «دستورية» ، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٧ ص ١٠٦ . ورتبت المحكمة الدستورية العليا على ذلك عدم دستورية المادة (٥٠) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ وذلك فيما تضمنه من حظر الطعن - بغير طريق إعادة النظر - في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم في شأن المنازعات المحالة إلى قضاء القيم وفقاً لنص المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة .

وقضت المحكمة الدستورية العليا بما مؤداه أن بلوغ سن التقاعد أساس موضوعي يؤدي إلى وحدة المراكز القانونية للمؤمن عليهم الذين تركوا الخدمة، مما لا يجيز اختلاف معاملتهم فيما يتعلق باستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير وفقا لتاريخ بلوغ سن التقاعد (الأول من يولية سنة ١٩٨٧ أم قبل ذلك)^(١).

وباستقراء أحكام المحكمة الدستورية العليا وقرارات المجلس الدستوري الفرنسي فيما يتعلق بالشروط الموضوعية التي تتحدد في ضوئها المراكز القانونية من حيث التماثل أو الاختلاف، نجد أنها تتوقف على طبيعة العلاقة القانونية التي تستند إما إلى النظام القانوني الذي يخضع له الشخص، أو إلى واقعة قانونية ترتب آثارا قانونية.

ومن حيث النظام القانوني الذي تتحدد الشروط الموضوعية وفقا له، فإنه من المستبعد بطبيعة الحال كافة الشروط غير المشروعة والتي تتنافى مع الدستور أو القانون، فهي لا تصلح أساسا لأية علاقة قانونية تتحدد في ضوئها مراكز قانونية معينة. وفي هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الحماية القانونية المتكافئة بين المراكز

(١) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا ميز القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بين المؤمن عليه الذي ترك الخدمة منذ الأول من يولية سنة ١٩٨٧ وذلك الذي تقاعد قبل ذلك فيما يتعلق باستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير، يكون قد أحل بمبدأ المساواة، على أساس أن هذا التمييز يستند إلى أسس موضوعية؛ لأنه اختص الفئة الأولى بحقوق تأمينية حجبها عن الفئة الثانية (دستورية عليا في ٢٠ يولية سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٦ قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٠٢). وواقع الأمر أنه لا جدال في اشتراط الأسس الموضوعية لتحديد المراكز القانونية، إنها تثار الجدل حول ما إذا كانت الفئة التي أحيلت إلى التقاعد قبل الأول من يولية سنة ١٩٨٧ قد خضعت لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي خضعت له الفئة التي أحيلت إلى التقاعد منذ الأول من يولية سنة ١٩٨٧. وقد ذهبت وزيرة الشئون الاجتماعية إلى أن الفئة الأولى استحققت دون غيرها زيادة بنسبة ٢٠٪ من الأجر الأساسي طبقا للقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ وهو ما لم تستحقه الفئة الثانية والتي خضعت لنظام مختلف هو الزيادة في معاش الأجر المتغير بنسبة ٥٠٪، وأن المساواة بين الفئتين في زيادة معاش الأجر المتغير أدى إلى أن من أحيل إلى المعاش قبل أول يولية سنة ١٩٨٧ قد استفاد بميزتين هما زيادة الأجر الأساسي بنسبة ٢٠٪، وزيادة المعاش المتغير، وذلك بخلاف من أحيل إلى المعاش منذ أول يولية سنة ١٩٨٧ فإنه استفاد بميزة واحدة هي زيادة المعاش المتغير (انظر مضبطة مجلس الشعب، الجلسة السابعة والسبعين من الدورة الثانية للفصل التشريعي السابع في ٢٥ مايو سنة ١٩٩٧ ص ١٩ وما بعدها). ووفقا لهذا الرأي الأخير قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن استفادة البعض من نظام المعاش التكميلي مع عدم استفادة البعض الآخر من هذا النظام بعد إلغائه، لا يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة. ويستند هذا المبدأ إلى اختلاف المراكز القانونية لأصحاب المعاش بالنظر إلى النظام الذي كانوا يخضعون له عند إحالتهم للمعاش.

انظر: Déc. no. 94 - 348. Dc du 3 août 1994, Recueil jur. Const. (1994 - 1997), p. 602.

القانونية المتماثلة تفترض بداءة أن يكون بنیان هذه المراكز جميعها متوائما مع أحكام الدستور بما يؤكد مشروعيتها، وإذا كان تقرير الضريبة المطعون عليها مخالفا للدستور مما اقتضى الحكم بانعدامها، وكان العدم لا يقاس عليه، ولا مساواة فيه فإن مد حكمها إلى آخرين، لا يكون جائزا^(١). وقضت بأن التباين في المراكز القانونية لا يقوم على واقعة فرض الحراسة على نحو مخالف للدستور، وهى واقعة تنحدر إلى مرتبة الأعمال المادية عديمة الأثر^(٢).

ومن أمثلة التباين في المراكز القانونية وفقا لاختلاف النظم القانونية التى تحكم كل منها، اختلاف المركز القانونى للقاضى المطلوب رده عن المركز القانونى لطالب الرد فى خصوص حقوقه^(٣). وكذلك اختلاف المركز القانونى لرجال القضاة عن غيرهم فى مجال دعوى الصلاحية لارتباطها بالوظيفة القضائية صونا لها^(٤). وكذلك اختلاف المراكز القانونية المترتبة على اختلاف الجنسية^(٥)، واختلاف الشخص الطبيعى عن الشخص المعنوى^(٦)، وطبيعة عقد العمل^(٧)، ونوع الكادر الوظيفى الذى يتبعه الموظف^(٨).

(١) دستورية عليا فى ٨ إبريل سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج ٦ ص ٦٠٩. وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية المذكورة بعدم دستورية الفقرة (د) من البند (٤) من المادة ٧٩ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن التعليمية المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٣ وذلك فيما نصت عليه من أن ما تحصله النقابة من فئات دمغات المهن العلمية التى تتحملها الشركات المنتجة للكميات الصناعية تعتبر جزءا من عناصر التكلفة.

(٢) انظر دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج ٥ (المجلد الثانى) ص ١٣٧، دستورية عليا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٩ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج ٧ ص ١٠٦.

(٣) دستورية عليا فى ١٥ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ١٧ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج ٤ ص ١٧٧.

(٤) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢.

وفى هذا المعنى قرر المجلس الدستورى الفرنسى أن قيد رجال القضاء فى قائمة أصحاب الكفاءة الخاصة يعتبر معيارا موضوعيا يبرر تمتعهم بمدة أقدمية، عندما تحسب أقدميتهم المطلوبة للترقية.

Déc. no. 92 - 305 Ds du 21 février 1992, Recueil, op. cit., p. 483.

Déc. no. 89 - 269 Ds du 22 janvier 1990, Recueil, op. cit., p. 392.

Déc. no. 93 - 320 Ds du, Recueil, op. cit., p. 526.

Déc. no. 80 - 128 Ds du, Recueil, op. cit., p. 99.

Déc. no. 76 - 67 Déc. du 15 juillet 1976, Recueil, op. cit., p. 39.

(٥)

(٦)

(٧)

(٨)

ومن التمايز في الواقعة التي يرتب عليها القانون أثرا، الاختلاف في الوقائع ذات الأثر القانوني، مثال ذلك الاختلاف في كمية البضاعة كسبب يبرر الاختلاف في المعاملة الضريبية^(١)، والاختلاف في عدد العاملين في شركات القطاع العام كسبب يبرر الاختلاف في النظام القانوني المطبق على هذه الشركات^(٢)، وزيادة عدد السكان والأهمية الجمالية لموقع المكان كسبب يبرر تمايز هذا المكان بحصيلة ضريبية أوفر عند توزيع حصيلة الضرائب^(٣)، والموقع الجغرافي لجهة العمل^(٤)، واختلاف زمان حدوث الواقعة أو العمل القانوني كمبرر للاختلاف في الأثر القانوني لتطبيق القواعد الوظيفية الجديدة^(٥).

وواضح مما تقدم أن القضاء الدستوري قد أقام المعيار القائم على أسس موضوعية في تحديد المراكز القانونية كأساس للحماية المتكافئة للحقوق والحريات. ومن خلال تحديد هذه الأسس الموضوعية يعبر القانون عن سياسة محددة أنشأتها أوضاع لها مشكلاتها، ويتغيا بالنصوص التي يتضمنها تحقيق أغراض بذواتها من خلال الوسائل التي حددها. وفي هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه كلما كان القانون مغايرا بين أوضاع أو مراكز أو أشخاص لا تتحدد واقعا فيما بينها، وكان تقديره في ذلك قائما على أسس موضوعية، مستلهما أهداف النزاع في مشروعيتها، وكافلا وحدة القاعدة القانونية في شأن أشخاص تتماثل ظروفهم بما لا يتجاوز متطلباتها، كان القانون في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع ولو تضمن تمييزا مبررا لا ينال من مشروعيته الدستورية أن تكون المساواة التي توخاها وسعى إليها بعيدة حسابيا عن الكمال^(٦).

Déc. no. 82 - 152 Ds du 22 janvier 1983, Recueil, op. cit., p. 124. (١)

Déc. no. 83 - 162 Ds du 19 et 20 juillet 1993, Recueil, op. cit., p. 157. (٢)

Déc. no. 91 - 291 Ds du 6 Mai 1991, Recueil, op. cit., p. 442. (٣)

Déc. no. 79 - 107 Ds du 12 juillet 1979, Recueil, op. cit., p. 73. (٤)

Déc. no. 81 - 130 Ds du 30 octobre 1983, Recueil, op. cit., p. 102. (٥)

وقد قضى في هذا القرار بأنه يعتبر مطابقا للدستور النص التشريعي الذي ينص على استمرار رؤساء الجامعات ومديري وحدات التعليم والبحث العلمي المنتخبين قبل أول يولية ١٩٨٠ في وظائفهم حتى نهاية مدتهم، مع مراعاة انتهائها اعتبارا من تاريخ انتخاب الرؤساء والمديرين الجدد بواسطة المجالس الجديدة. وقد نص القانون على جواز تجديد مدة هؤلاء بشرط ألا يكونوا ممن انتهت مدة شغل وظيفتهم الجارية، وكان شغلهم لهذه الوظيفة تاليا مباشرة لمدة أخرى. وقد رأى المجلس الدستوري أن الاختلاف في المعاملة بين شاغلي هذه الوظائف يرجع إلى الاختلاف في مراكزهم القانونية مما يبرر خضوعهم لقواعد مختلفة.

(٦) دستورية عليا في ٦ مارس سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٣٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١١ في ١٨ مارس سنة ١٩٩٩.

٣٤- (ثانيا) تحديد المعاملة القانونية بالتساوى مع المراكز القانونية المتماثلة :

تحدد المعاملة القانونية بالتساوى مع المراكز القانونية المتماثلة في إحدى صورتين للمساواة :

الأولى : هي المساواة بالمعنى الضيق ، ويسمى البعض بالمساواة الشكلية «égalité formelle» وفيها تساوى - بغير تمييز - المعاملة مع أصحاب المراكز المتماثلة طالما كانت غير متناقضة مع الهدف من القانون أو مع المصلحة العامة . وهذا هو الأصل العام في المساواة^(١) .

الثانية : هي المساواة بالمعنى الواسع ، والتي يسميها البعض بالمساواة المادية «égalité materielle» حيث تتم المساواة مع المراكز القانونية المتماثلة ، مع بعض التمييز المرتبط بالهدف من القانون ، والمصلحة العامة^(٢) .

وواقع الأمر ، فقد كان للقضاء الدستوري الفضل في تحديد معنى المساواة في صورتين . وقد أثار تحديد هذا المعنى وجود علاقة مطلقة مع فكرة التناسب التي تعتبر معيارا للتوازن بين الحقوق والحريات من جهة ، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى . فالمساواة بين المراكز القانونية المتماثلة تتحقق طالما كانت المعاملة المقررة لهذه المراكز متماثلة في ضوء الهدف من القانون ومع مراعاة المصلحة العامة ، فلا تتحقق المساواة إذا لم يحدث التناسب المذكور . وبعبارة أخرى ، فإن مبدأ المساواة يتطلب تناسبا مطلقا ولا يتطلب مساواة حسابية مطلقة . فإذا اقتضى التناسب بالنظر إلى الهدف من القانون والمصلحة العامة إعطاء معاملة واحدة لسائر المراكز القانونية المتماثلة تحققت المساواة بمعناها الضيق .

ويتضح مما تقدم كيف أن التناسب يلعب دورا معياريا حاسما في تحديد التوازن بين الحقوق والواجبات من جهة ، وبينها وبين المصلحة العامة من جهة أخرى^(٣) . كما يلعب هذا الدور ذاته في تحديد مدلول المساواة وذلك باعتبار أن هذا المدلول يركز بدوره على فكرة التوازن سألغة البيان ، لأن المساواة في ذاتها ليست إلا صورة من هذا التوازن^(٤) . وفيما يلي نحدد مضمون كل من المساواة بالمعنى الضيق ، والمساواة بالمعنى الواسع .

Xavie Philippe, op. cit., p. 93.

(١) انظر :

Xavie Philippe, op. cit., p. 93.

(٢) انظر :

(٣) انظر ما تقدم بند ٢٧ .

(٤) انظر ما تقدم بند ٢٥ .

٣٥- المساواة «بالمعنى الضيق» بين المراكز القانونية المتماثلة :

ويقصد بها المساواة بغير تمييز بين المراكز القانونية المتماثلة ، لعدم تناقضها مع الهدف من القانون ، أو مع المصلحة العامة .

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه متى تماثلت المراكز القانونية وفقا لشروط موضوعية تعين المساواة بينها في الحقوق والحريات سواء كان مصدرها الدستور أو التشريع .

وتطبيقا لذلك قضى بأن حرمان طائفة من المواطنين من حق التقاضى مع تحقق مناطه ينطوى على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا هذا الحق^(١) . وقضى بأن حرمان طائفة معينة من حق الترشيح الذى كفله الدستور للمواطنين فى المادة ٦٢ منه ، يعتبر إخلالا لمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون^(٢) . وقضى بأن التفرقة بين طائفتين من الملاك انتظمتهن أسس موحدة ، تجعلهم جميعا يقفون على قدم المساواة ، من حيث قصر الزيادة فى الأجرة المقررة فى القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٧ من القانون إلى ملاك المباني المؤجرة لغير أغراض السكنى دون استثناء ، وأيضا كانت طبيعة النشاط الذى يتم ممارسته فيها ؛ لا تتركز فى قواعدها على أسس تتصل بالهدف الذى تغياه المشرع من تقريره هذه ، مما أدى إلى حرمان طائفة معينة من الملاك من الحق فى زيادة الأجرة مع تحقق مناطه مما يعد تفرقة تؤدى إلى إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين الملاك الذين لم يحرموا هذا الحق^(٣) . وقضى بأن كفالة الحقوق الأساسية جاء رهينا بصفة «المواطنة» فحسب ، مما يوجب معاملة كافة المواطنين المرشحين معاملة قانونية واحدة ما لا يجوز معه التمييز بين المرشحين على أساس انتابهم لأحزاب سياسية ، ويؤدى تبعا لذلك إلى اعتبار النص الذى يحدد مقعدا واحدا فى كل دائرة مخصصا لنظام الانتخاب الفردى يتنافس عليه المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين إليها ، مع تخصيص عدة مقاعد فى الدائرة خالصة لمرشحي القوائم الحزبية ؛ منطويا على إخلال صريح بحق المواطنين غير

(١) دستورية عليا فى ٥ يناير سنة ١٩٨٥ فى القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٣ ص ١٠٢ .

(٢) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية «دستورية» ، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٤ ص ٣١ ، ١٥ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة ج ٤ ص ١٩١ ، ١٥ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة ج ٤ ص ٢٠٥ .

(٣) دستورية عليا فى ٢٩ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية «دستورية» ، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٤ ص ٢١٨ .

المتهمين لأحزاب سياسية في الترشيح على قدم المساواة^(١). وقضى بأن التكافؤ في الشروط الموضوعية للقبول بالمعاهد التعليمية يؤدي إلى تساوى المتزاحمين على فرص النفاذ إليها في المراكز القانونية بالنسبة إلى المرحلة التعليمية التي قبلوا منها، فإذا لم تتكافأ التزاماتهم المالية في مجال التأمين الصحي يعتبر إهدارا لمبدأ المساواة^(٢). وقضى بأن مبدأ المساواة يتطلب ألا يميز المواطنون فيما بينهم في مجال حقوقهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكم الخصومة عينها، ولا فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور للحقوق التي يطلبونها، ولا في اقتضاها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا في طرق الطعن التي تنتظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها قواعد موحدة ولا يجوز بالتالي أن يعطل المشرع أعمال هذه القواعد في شأن فئة بذاتها من المواطنين^(٣).

وقضى بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٣ من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٣ في شأن الخدمة العامة للشباب الذي أنهى المراحل التعليمية، وذلك فيما نصت عليه من إضافة مدة التكليف بالخدمة العامة إلى خدمة المكلف بعد تعيينه، ودون أن يقتضيها للمكلف على هذا النحو ألا تتجاوز أقدميته أقدمية زميله في التخرج الذي عين في ذات الجهة، باعتبار ذلك تمييزاً غير مبرر^(٤).

ومن قرارات المجلس الدستوري في هذا الشأن أن مبدأ المساواة يتعرض للانتهاك إذا أجاز نص في قانون الإجراءات الجنائية (الفرنسي) لرئيس المحكمة الابتدائية في مواد الجرح، إحالة المتهم إلى محكمة من قاض واحد أو إلى محكمة من ثلاثة قضاة، نظراً لما يتطوّر عليه هذا النص من تقرير معاملة مختلفة لمواطنين تتوافر لديهم مراكز قانونية

(١) دستورية عليا في ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ في القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٣ ص ١٠٢، وانظر: ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٧ ص ٤٧٠.

(٢) دستورية عليا في ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٧ ص ١٩٤.

(٣) دستورية عليا في ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٧٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٥١ في ١٨ ديسمبر ١٩٩٧، ٣ يناير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٣ في ١٥ يناير سنة ١٩٩٨، ٧ فبراير في القضية رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٨ في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

(٤) دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢١ في ٢١ مايو ١٩٩٨.

واحدة^(١). وقرر المجلس الدستوري الفرنسي أن حرمان الشخص المعنوي الذي يعمل بقصد الربح من حق الرد في الصحف في الحالات التي تنشر فيها عنه معلومات تمس سمعته أو شرفه، إذا كان هذا النشر في نطاق أعمال الاتصالات السمعية والبصرية، يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة، باعتبار أن هذا الحرمان لا يتفق مع المعاملة المقررة للأشخاص المعنوية المتماثلة^(٢).

وقضت المحكمة العليا الأمريكية بأن محاكمة السود أمام هيئة محلفين كبرى يختلف تشكيلها عن ذات الهيئة عندما تنظر في محاكمة البيض يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة، لأهمية هذه الهيئة كضمان في المحاكمة الجنائية^(٣).

٣٦- المساواة «بالمعنى الواسع» بين المراكز القانونية المتماثلة :

ويقصد بها المساواة التي تتحقق بالتمييز بين المراكز القانونية المتماثلة إذا استند التمييز إلى الهدف من القانون أو إلى المصلحة العامة أو إلى الاثنين معا^(٤).

لقد حظر الدستور كل تمييز بين المراكز القانونية الواحدة. وهذا الحظر إما أن يكون عاما أو خاصا (أى منحصر في بعض المجالات). ويبدو الحظر العام واضحا في نص المادة ٤٠ من الدستور المصري التي جرت على أن المواطنين لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة. وتطبيقا لذلك نصت المادة ١٣/٢ من هذا الدستور على أنه لا يجوز فرض أى عمل جبرا على المواطنين إلا بمقتضى القانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل عادل. فإذا نص القانون على فرض عمل جبرا على مواطنين وميز بينهم في الأجر رغم وحدة العمل كان غير دستوري. وبناء على التمييز المحظور، عاما كان أو خاصا، لا يجوز أن يقرر القانون ميزة خاصة لأحد المخاطبين.

والمساواة التي عناها الدستور هي ضد التحكم، ولهذا فإن التمييز المنهى عنه هو الأمر التحكمي^(٥). فالسلطة التقديرية للمشرع تتقيد بمبدأ المساواة، باعتباره أحد

Décision no. 75 - 556, Dc du 23 juillet 1975, Rec. jur. Const. op. cit., p. 32. (١)

Décision no. 82 - 141, Dc du 27 juillet 1982, Rec. jur. Const. op. cit., p. 126. (٢)

Campbell V. Louisiana, 66 USLW, 428 (April 21, 1998) (٣)

Annuaire Inter. de Justice., 1998, p. 750. مشار إليه في

Nathali Berard - Maugiron, thèse7 op. cit., p. 63 (٤)

(٥) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢، ٦ مارس سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١٥٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١١ في ١٨ مارس ١٩٩٩.

الحقوق التي يحميها الدستور. وقد عبر العميد فيدل عن «التحكم» فوصفه بأنه شيء لا يمكن قبوله بالمنطق أو العقل «Raisonnement»^(١). ولا شك أن هذا التعريف يشير إلى أن المطابقة للمنطق أو العقل «Rationalité» هي مناط المعاملة المتساوية. وهذا هو ما عبر عنه قضاء المحكمة العليا الأمريكية الذي أخذ كذلك بمعيار المنطق «Mere Rationality»^(٢). كما ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى اعتبار كل تمييز غير منطقي «Irrationnel» أمراً تحكمياً لا يستند إلى تبرير أو سبب كافٍ^(٣). كما ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية إلى أن مبدأ المساواة يتعرض للانتهاك إذا لم يوجد سبب كافٍ «Raison Suffisante» للمعاملة غير المتساوية^(٤) كما ذهبت إلى نفس الاتجاه محكمة العدل للمجتمعات الأوروبية^(٥).

ومن أمثلة الأمور التحكيمية ما قرره المجلس الدستوري الفرنسي أن احترام مبدأ المساواة يتطلب في القانون الذي ينص على اختيار قضاة المحكمة بالانتخاب ألا يقيم وزناً للأهمية الاقتصادية للمشاركين في الانتخاب، وإلا كان غير دستوري لمخالفته مبدأ المساواة أمام القانون، وذلك باعتبار أن هذا القانون يهدف من حيث الغاية إلى تشكيل المحكمة وليس إلى تشكيل جمعية من ممثلي أصحاب المصالح الاقتصادية، مما لا مجال معه لإعطاء وزن لأصحاب مصلحة اقتصادية معينة في مجال انتخاب القضاة^(٦).

وقد اعتنقت المحكمة الدستورية العليا في مصر ذات المعيار، فوصفت كل تمييز

(١) G. vedel, "L'égalité", déclaration des droit de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité, la documentation française, Paris, 1990, p. 171.

وانظر: Lawrence H. Tribe, American constitutional law, second edition, Mineala, New York, 1988, p. 1439.

(٢) انظر: Gerald Gunther, Individual Rights in Constitutional Law, Fifth edition, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1992, p. 270.

(٣) Ferdinand Mélin - Soucramanien, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, op. cit., p. 128.

وراجع ما تقدم في بند ٢٧، حيث يبين أن التناسب يتحقق خلال مجموعة من الأفكار مثل المنطق وعدم التحكم.

(٤) انظر: Chrestian Stark, La constitution Cadre et mesure du droit, Economica, 1994, p. 111.

(٥) انظر: Fredinand mélin, Soucramanien, op. cit., p. 128.

(٦) وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المعنى في قضية "conseils de pru d'hommes" Dc. No. 78 - 101 du 17 Janvier. 1979, Recueil jur. const. p.67.

يتعارض مع مبدأ المساواة بأنه تحكيمي^(١)، ثم اتجهت إلى اعتبار الأمر تحكيميا إذا ما تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم الحقوق والحريات التي كفلها الدستور^(٢).

وواقع الأمر، أن التطبيق العملي لمبدأ المساواة يثير مشكلات حول هذا التطبيق نظراً إلى أن مبدأ المساواة لا يعبر في ذاته عما يعتبر متساوياً، وإنما يحدد فقط أن ما يعتبر متساوياً يجب معاملته بطريقة متساوية، وأنه بقدر الإمكان، فإن ما يعتبر غير متساو يجب معاملته بطريقة غير متساوية. ويظل السؤال الحاكم قائماً حول تقدير الاختلاف في المعاملة الذي يمكن أن يتم رغم المساواة في المراكز القانونية. فما هي الضوابط التي تسمح بهذا الاختلاف دون إخلال بمبدأ المساواة؟ لقد كانت الإجابة عن هذا التساؤل من الأمور الوثيقة التي تعرض لها القضاء الدستوري والمحكمة العليا الأمريكية التي عرفت كثيراً من الاتجاهات في شأن تحديد المضمون الذي يجب توفيره لضمان الحماية الدستورية بالمعنى المادى رغم الاختلاف في المعاملة.

لقد بينا فيما تقدم أن المساواة القانونية لا يجوز قصر فهمها بمعنى ضيق إلا إذا كانت غير متعارضة مع الهدف من القانون أو المصلحة العامة، لأن المساواة داخل النظام القانوني ليست مساواة حسابية بين طرفين وإنما تتمخض عن علاقة تناسب بين حماية الحقوق والحريات وكل من الهدف من القانون والمصلحة العامة. فقد أكدنا قبل أن مبدأ التناسب يكفل تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات فيما بينها وبين المصلحة العامة

(١) دستورية عليا في ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٤، القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦ قاعدة رقم ٣٠ ص ٣٨٦؛ ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ٣٥ ص ٥١١؛ ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ٤٥ ص ٧٤٠؛ ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٧ قاعدة رقم ٧ ص ١٠٦.

(٢) دستورية عليا في ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧ قاعدة رقم ١٠ ص ١٩٤؛ ٢ مارس سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٧ قاعدة رقم ٣٠ ص ٥٢٠. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا تماثلت المراكز القانونية لشاغلي منصب الوزير ومن يعاملون معاملتهم، فلا يجوز التمييز بين من بلغوا سن التقاعد أو تركوا منصب الوزير خلال الفترة من ١٩٨٧/٧/٧ حتى ١٩٨٨/٢/٢٩ وبين الذين بلغوا سن التقاعد أو تركوا المنصب اعتباراً من أول مارس ١٩٨٨؛ في المعاش المستحق لكل من هاتين الطائفتين عن الأجور المتغيرة، مما يترتب عليه الحكم بعدم دستورية المادة الثانية من قرار وزير التأمينات رقم ١١ لسنة ١٩٨٨ بشأن الحد الأقصى لأجر الاشتراك المتغير فيما نصت عليه من أنه «ويعمل به اعتباراً من أول مارس ١٩٨٨». (دستورية عليا في ٦ مارس سنة ١٩٩٩ القضية رقم ١٥٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد (١١) في ١٨ مارس سنة ١٩٩٩).

في إطار الهدف من القانون، وذلك ضمانا لوحدة النظام القانوني في حمايته لمختلف القيم الدستورية. وبهذا التناسب تتحدد المعاملة القانونية الواحدة، والتي - كما سنرى - لا بد أن تراعى كلا من الهدف من القانون والمصلحة العامة. وعلى القاضي أن يتحقق من قيام هذين العاملين وفقا لأسس موضوعية، لكي يصل إلى وحدة المعاملة أو اختلافها. وهنا يتضح أن التناسب صفة مرتبطة بالمعاملة المقررة قانونا للمراكز القانونية المتماثلة حتى نصل إلى المساواة بمعناها الواسع، وأن التمييز المحظور هو التمييز غير المتناسب.

٣٧- (أ) التناسب بين المعاملة القانونية والهدف من القانون :

يجب أن ترتبط المعاملة القانونية بالهدف من القانون، ولو ارتكزت على مراعاة المصلحة العامة^(١). وفي هذا الصدد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن منطوق دستور التنظيم التشريعي الذي ينطوي على تقسيم أو تصنيف وتمييز سواء من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو من خلال المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها، ألا تنفصل نصوصه التي ينظم بها المشرع موضوعا معيناً عن أهدافها ليكون اتصال الأغراض التي وراءه، فإن صادم النص التشريعي بما انطوى عليه من التمييز هذه الأغراض، كان تحكما^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضى بأن الزيادة في الأجرة المقررة في المادة (٢٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، تنصرف إلى ملاك المباني المؤجرة لغير أغراض السكنى دون استثناء، وأيا كانت طبيعة النشاط الذي تتم ممارسته فيها، وتنطوي على تفرقة أوجدها المشرع في المادة (٢٧) سالفه البيان دون أن ترتكز في واقعها على أسس تتصل بالهدف الذي تغياه المشرع من تقرير هذه الزيادة، مما ينطوي على إهدار لمبدأ المساواة مع الملاك^(٣).

(١) انظر: Décision 94 - 348, Dc du 3 Août 1994, Recueil jur. const. op. cit., p. 603.

(٢) دستورية عليا في ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج ٥ (المجلد الأول) ص ٢٦٢، وانظر في هذا المعنى دستورية عليا في ٦ يناير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة، ج ٧، ص ٣٤٧.

(٣) دستورية عليا في ٢٩ إبريل سنة ١٩٨٩ في القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة، ج ٤، ص ٢١٨.

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الخامسة من المادة ٢١ من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ فيما تضمنته من تحديد حد أقصى للمكافأة السنوية التي يتقاضاها أعضاء مجلس الإدارة المنتخبون، على أساس أن هذا التمييز لا يتصل بالشروط الموضوعية التي ينبغي أن يمارس العمل في نطاقها (والتي تحدد الهدف من القانون)^(١).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢١ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣، وذلك فيما تضمنه من حظر القيد بجدول المحاماة تحت التمرين لمن جاوز سن الخمسين، على أساس أن شرط السن لا يتصل بطبيعة هذه المهنة الحرة وليس لازما عقلا لممارستها ولا مرتبطا بجوهر خصائصها^(٢).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أساس أن هذه المادة مايزت بين الآباء المطلقين رغم تماثلهم في علاقاتهم بأبنائهم، في نطاق هذه العلائق، بأن حد من حقوقهم في إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا، مع بسطها إذا كان غير مؤجر، وهو تمييز لا يبنى على أسس موضوعية، وأن توفير مسكن مناسب للصغار يتها لهم من أبيهم، هو ما لا تقوم به مصلحتهم في النفقة التي لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا أو غير مؤجر، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار في نفقتهم، ولا هو من مقاصدها^(٣).

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على مراقبة الارتباط بين المعاملة القانونية المقررة لبعض الفئات وبين الهدف من القانون الذي قرر هذه المعاملة. ونجد ذلك واضحا في عديد من المبادئ التي أرسنها. فبالنسبة إلى استثناء بعض فئات الطلبة

(١) دستورية عليا في ١٦ إبريل سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة، ج٧، ص ٥٥١.

(٢) دستورية عليا في ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة، ج٧، ص ٦٣٧.

(٣) دستورية عليا في ٦ يناير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة، ج٧، ص ٣٤٧.

من شرط المجموع عند الالتحاق بالكليات والمعاهد العليا، حكمت المحكمة بعدم دستورية النصوص التي أجازت هذا الاستثناء، وذهبت ضمن ما قرره من أسباب إلى أن المعاملة الاستثنائية في القبول بالتعليم العالي التي تضمنتها بعض النصوص التشريعية تستتبع أن يحل أفراد الفئات المستثناة محل من يتقدمونهم في درجات النجاح في الثانوية العامة أو ما يعادلها في الانتفاع بحق التعليم في مراحلها العالية المحدودة فرصها، «الأمر الذي يتعارض مع طبيعة التعليم العالي وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه»، وأضافت المحكمة أن النصوص التشريعية المطعون عليها قررت معاملة استثنائية للقبول بالتعليم العالي «يرتكز واقعها على أسس منبثة الصلة بطبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه»، إذ تقوم هذه المعاملة في أساسها ودوافعها على تقرير مزية استثنائية للطلبة المستفيدين منها قوامها إما مجرد الانتفاء الأسرى إلى من كان شاغلا لوظيفة بعينها، أو قائما بأعبائها في جهة بذاتها، أو متوليا مسئوليتها في تاريخ معين أو من كان قد استشهد أو توفي أو نقد أو أصيب بسبب أداء مهامها أو من كان حاملا لوسام، وإما أن يكون مناطها الانتفاء إلى المناطق النائية بسبب الميلاد أو الإقامة أو الحصول منها على شهادة الثانوية العامة، وإما أن يكون منحها مرتبطا بواقعة بذاتها تتعلق بالطلبة أنفسهم من إصابة في العمليات الحربية أو حصول على وسام معين^(١).

وفي صدد الارتباط بين التنظيم التشريعي (أي المعاملة القانونية)، وبين الهدف من القانون الذي قرره، قالت المحكمة الدستورية العليا أن التمييز المنهى عنه هو الذي يكون تحكما، باعتبار أن كل تنظيم تشريعي ليس مقصودا لذاته بل لتحقيق أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من ورائه؛ فإن صادم النص التشريعي بما انطوى عليه من التمييز هذه الأغراض، كان تحكما^(٢). وربطت المحكمة الدستورية العليا بين موضوعية الشروط التي يحدد المشرع

(١) دستورية عليا في ٢٩ يونية سنة ١٩٨٥ القضية رقم ١٠٦ لسنة ٦ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية ج١ قاعدة رقم ٤٢ ص ٢٦٨. وفي نفس الموضوع، دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٢ القضية رقم ٤١ لسنة ٧ قضائية «دستورية» مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج٥ (المجلد الأول) ص ١٣٢.
(٢) دستورية عليا في ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية ج٣ قاعدة رقم ١٧ ص ١٩٤. في نفس المعنى، دستورية عليا في ١٩ يونية سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ٣٠ ص ٣٥٩، ٩ مايو سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢١) في ٢١ مايو سنة ١٩٩٨.

على ضوءها المراكز القانونية التي يتكافأ أصحابها بها أمام القانون وبين اتصال النصوص التي ترتبها بالحقوق التي تتناولها، بما يؤكد ارتباطها عقلا بها، وتعلقها بطبيعة هذه الحقوق، ومتطلباتها في مجال ممارستها^(١). وتجلى الارتباط بين الهدف من القانون والمعاملة القانونية فيما قرره المحكمة الدستورية العليا في قرارها بتفسير نص المادة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدلة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، بشأن سلطة رئيس الجمهورية في حالة الطوارئ في أن يحيل إلى القضاء العسكري أيًا من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو أى قانون آخر، فيما قالت من أن سلطة رئيس الجمهورية في تقدير إحالة جريمة أو جرائم بذاتها بعد وقوعها إلى القضاء العسكري في ضوء ظروفها ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، يكون بوزن كل حالة على حدة بما يناسبها، على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة في درجاتها العليا، «بما لا يناقض حقوق المواطنين عدوانا عليها، أو يخل بحرياتهم انحرافا عن ضماناتها»^(٢). فهذه العبارة تكشف عن اهتمام المحكمة الدستورية العليا بالألا يكون التمييز في المعاملة القانونية مفتقرا إلى أساس موضوعي معقول بالنظر إلى الهدف الذي يتوخاه القانون.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن الهدف من القانون الذى يبرر التمييز في المعاملة يجب أن يعكس حماية مصلحة مشروعة، وإلا كان التمييز منطويا على إخلال بمبدأ المساواة^(٣). وواقع الأمر أن المشروعية والهدف من القانون وجهان لعملة واحدة، باعتبار أن القانون لا يجتمع إلا مع المشروعية.

(١) دستورية عليا في ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية ج٦ قاعدة رقم ٣٥ ص ٥١١. وفي هذا المعنى، دستورية عليا في ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٧ قاعدة رقم ٤٠ ص ٣٧.

(٢) دستورية عليا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ في الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، قاعدة رقم ١ ص ٤١٧.

(٣) دستورية عليا في ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٤، في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٦ ص ٣٨٦. وقد جاء هذا الحكم بعدم دستورية المادة ٥٥ من قانون المحاماة فيما نصت عليه من إعطاء المحامين مزايا استثنائية هو التنازل فيما بين المحامين بعضهم البعض في شأن الأعيان المؤجرة المتخذة مقارا لمزاولة مهنة المحاماة من الخضوع لحكم المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (دستورية عليا في ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٤، في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية، المجموعة السابقة، ج٦ ص ٢٨٦).

ويتفق هذا المعيار مع ما جرى عليه قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان التي طالما أكدت بأن الهدف من القانون هو المعيار الأساسي إن لم يكن الوحيد للحكم في موضوع المساواة^(١). وقد اتجه القضاء الدستوري في ألمانيا والنمسا إلى التحقق من أن الاختلاف في المعاملة القانونية الذي أحدثته التنظيم التشريعي كان ضروريا ومتناسبا مع الهدف الذي توخاه القانون^(٢). واستظهرت المحكمة الدستورية الألمانية العلاقة بين المعاملة القانونية والهدف من القانون في قولها بأن سبب الاختلاف في المعاملة يجب أن يكون موضوعيا ومعقولا، لا بطريقة تحكيمية وعامة، وإنها يجب أن يكون دائما بالنظر إلى طبيعة وذاتية الأوضاع الواقعية محل التنظيم التشريعي، وذلك مع مراعاة المعنى والهدف من التنظيم التشريعي المعنى^(٣).

واستقر قضاء المحكمة الدستورية الأسبانية على أن الاختلاف في المعاملة عند وحدة المراكز القانونية يجب أن تبنى على أساس موضوعي معقول^(٤).

كما أكدت محكمة التحكيم البلجيكية في هذا المقام على ضرورة وجود علاقة تناسب وثيقة بين الوسائل المستخدمة (المعاملة القانونية) والأهداف المتوخاة من القانون^(٥).

وهذا ما سار عليه كذلك المجلس الدستوري الفرنسي الذي استقر على التحقق من ما إذا كان الاختلاف في المعاملة القانونية جاء متكيفا مع أهداف المشرع^(٦)، وقد استقر هذا المجلس على استخلاص انتهاك مبدأ المساواة عند التحقق من وجود خطأ ظاهر في

(١) انظر: Scholsem, L'égalité devant la Cour d'arbitrage, Bruxelles, 1991, p. 778.

Ferdinand Mélin - Soucramanien, op. cit., p.195.

Ferdinand Mélin - Soucramanien, op. cit., p.195.

(٢) انظر: O. Jouanian, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, Economica, 1992, p.129 et s.

O. Jouanian, op. cit., p.268. وقد أشار إلى حكم هذه المحكمة في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٥.

(٤) Barbero Santos; Le rôle et l'impact du constitutionnalisme des tribunaux constitutionnelles et des cours suprêmes, sur l'évolution du système de justice criminelle, op. cit. p. 249.

(٥) انظر الأحكام الصادرة سنة ١٩٩٠ المشار إليها في: Ferdinand Mélin - soucramanien, op. cit., p.196: Chronique, Annuaire Internationale p.499. أشارا إليها في: ١٩٩٧

(٦) انظر: Décision, No. 87 - 232 Dc du 7 Janvier 1988, Recueil, op. cit., p.317; Décision, No.93 - 320 Dc du 21 Juin 1993, Recueil, op. cit., p.526.

Décision, No. 99-416 DC du 23 juillet 1999.

وقد قرر المجلس الدستوري في هذا القرار الأخير أن وضع سقف لدخل الممول لتحديد المتفعين بنظام التأمين الصحي يتفق مع الهدف من القانون، وأنه ليس للمجلس الدستوري أن يبحث فيما إذا كان هذا الهدف يمكن تحقيقه بوسيلة أخرى، طالما أن الوسائل التي تتجأ إليها المشرع ليست في ظاهرها غير متناسبة.

تقدير المشرع للتناسب، أو تفاوت واضح، أو وجود عدم تناسب مبالغ فيه^(١). واستخلص البعض من الرقابة الدستورية على التناسب أنها بديل عن الرقابة على انحراف السلطة التشريعية^(٢). وفي هذا المعنى عبر البعض قائلًا بأن المساواة يمكن تحقيقها بإحدى وسيلتين، الأولى لا تقيم أى تمييز بصفة عامة مجردة و«المساواة بالمعنى الضيق»، والثانية تقيم تمييزًا بشرط أن يكون هذا التمييز ضروريًا على نحو يفترض تلاؤم الوسائل (أى المعاملة المختلفة) مع الأهداف (أى الهدف من القانون)^(٣).

كما عيّنت المحكمة العليا الأمريكية بالربط بين المعاملة القانونية والهدف الذى يتوخاه المشرع^(٤)، وأكدت المحكمة الدستورية العليا الأمريكية فى عدة أحكام لها الارتباط بين المعاملة القانونية والهدف من القاعدة القانونية التى قررتها. وكانت الأحكام الأولى تشير إلى وجوب الارتباط (المعقول) بين المعاملة والهدف من القانون، ثم اتجهت الأحكام بعد ذلك إلى عدم اشتراط ارتباط وثيق بين المعاملة والهدف، وأنه لا بد من توفير قسط من المرونة لدى المحكمة فى استخلاص هذا الارتباط. إلا أن أحكام المحكمة العليا اتجهت بعد ذلك إلى اشتراط الارتباط الوثيق بين المعاملة المتميزة والهدف من التشريع ارتباطًا يفوق مجرد المرونة، وأن وسائل المشرع فى تقرير المعاملة يجب أن تقود (بالضرورة) إلى تحقيق أهداف التشريع وليس إلى مجرد الارتباط المعقول. وذهبت بعد ذلك أحكام أخرى تكتفى بأن تكون المعاملة متعلقة بالأهداف بصفة جوهرية «substantially related to achievement of those objectives»^(٥).

٣٨- (ب) التناسب بين المعاملة القانونية والمصلحة العامة :

قد يتطلب التوازن بين الحقوق والحريات العامة من جهة، والمصلحة العامة من جهة أخرى، إعطاء تفوق على المصلحة العامة. وفى هذه الحالة يجب أن تتناسب

(١) Décision No. 94 - 358 Dc du 26 Janvier 1995, Recueil, op. cit., p.624.

(٢) انظر: Ferdinand Mélin - soucramanien, op. cit., p.199.

(٣) انظر: Nicole Belloubet - Frier, Le principe d'égalité, l'actualité juridique, Juillet - Août - 1998, p.163.

(٤) Railway Express Agency, Inc. V. New York, 336 U.S. 106 (1949).

(٥) انظر فى شرح مختلف اتجاهات قضاء المحكمة العليا الأمريكية :

Gerald Gunther, Individual Rights in Constitutional law, ibid, p. 272 - 279.

المعاملة القانونية مع المصلحة العامة ولو أدى ذلك إلى التمييز بين المراكز القانونية المتأثلة .

وقد عبر عن ذلك العميد ريفيرو في قوله بأن القضاء حين أكد بكل قوة مبدأ المساواة، قد أعطى الأولوية للاهتمام بالمحافظة على المصلحة العامة^(١). وقد أدرج المجلس الدستوري الفرنسي تحت فكرة المصلحة العامة عددا مختلفا من المصالح سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية، أو غير ذلك من المصالح. ويتميز هذا المجلس الدستوري عن بعض جهات القضاء الدستوري في الارتكاز على المصلحة العامة كمبرر للاختلاف في المعاملة بين المراكز القانونية الواحدة اعتمادا على ما نصت عليه المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ والذي يتمتع بالقيمة الدستورية، فقد نصت هذه المادة على أن الناس يولدون ويستمررون أحرارا متساويين في الحقوق، ثم نصت على أن التمييز الاجتماعي لا يمكن تأسيسه إلا على المنفعة المشتركة "Utilité commune". أو بعبارة أخرى المصلحة العامة كما أشار إلى ذلك قضاء المجلس الدستوري في فرنسا. ويمكن استخلاص هذا المعيار في مصر وفقا لمبدأ التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في إطار التوازن بين القيم الدستورية التي يحميها الدستور، وضمانا لتكامل هذه القيم.

ومن أمثلة الاختلاف في المعاملة إشباعا لمصلحة عامة اقتصادية ما قضى به من جواز تقرير اختلاف في المعاملة بين البنوك التي يملك معظم رأسها أشخاص طبيعيين غير مقيمين في فرنسا أو أشخاص معنوية لا يقع مركزها الرئيسي في فرنسا، رغم وحدة المركز القانوني لهذه البنوك، وذلك على أساس المشكلات التي سوف تتعرض لها هذه البنوك في حالة تأميمها مما يعرض المصلحة العامة للخطر^(٢). ومثال المصلحة الاجتماعية ما قضى به من أن الاختلاف في المعاملة التي قررها المشرع من أجل تشجيع تعيين الشباب الذي يتراوح عمره ما بين ١٨ و ٢٥ سنة يحقق المصلحة العامة التي يتوخاها المشرع^(٣). ومثال المصلحة الثقافية ما نص عليه المشرع من إنقاص ما

J. Rivero, "Rapport sur les nations d'égalité et de discrimination en droit public Français", (١) les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Tra-
vaux de l'Association Henri Capitant, Tome XIV, Dalloz, paris 1965, p.351.

Décision No. 81 - 132 Dc du 16 Janvier 1982, Recueil, op. cit., p.104. (٢)

Décision No. 86 - 207 Dc du 25 et 26 Juin 1986, Recueil, op. cit., p.254. (٣)

تدفعه الشركات من هبات للمؤسسات أو الجمعيات الثقافية من مجموع الدخل الخاضع للضريبة، على أساس أن هذا الإنقاص تبرره المصلحة العامة^(١).

وقد أشار بعض الفقه الفرنسي^(٢) إلى أن المصلحة العامة كسبب للتمييز في المعاملة يمثل خصوصية ذاتية في المنازعة الدستورية الفرنسية، نظراً إلى أن بعض المحاكم الدستورية الأخرى لا تعتمد على هذه الفكرة لتبرير الخروج على مبدأ المساواة. ومع ذلك، فيلاحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية قد اتجهت إلى أن انتهاك مبدأ المساواة يتحقق بوضع تنظيم خاص لا يستند إلى سبب معقول "Un motif raisonnable" يستخلص من طبيعة الأشياء أو حين لا تكون له قيمة أخرى واضحة Autre valeur "éclairante" تجعل التمييز في المعاملة مشروعاً، فإذا لم يتوافر هذا السبب يكون التمييز تحكيمياً^(٣). كما ذهبت محكمة التحكيم البلجيكية إلى أنه لا يجوز تقرير معاملة واحدة لمراكز قانونية مختلفة، ما لم يبرر ذلك سبب موضوعي منطقي "Objective et raisonnable"^(٤). واتجهت هذه المحكمة إلى أن المشرع يجب أن يوازن بين مختلف الأهداف، فإن هذه الأهداف قد تكون عامة أو أكثر تحديداً (أي متعلقة بالمصلحة العامة)، ومنها الهدف المالى والهدف الاجتماعى، وغير ذلك من الأهداف كالأمن القانونى، وحماية الأسرة، وسرية التحقيق، وحماية البيئة، وفعالية إدارة الجيش^(٥).

وفى هذا الاتجاه ذاته قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن محاكمة بعض كبار المسؤولين فى الدولة (أعضاء البرلمان، الوزراء ورئيس الحكومة وغيرهم) أمام محاكم قضائية خاصة لا تعتبر انتهاكاً لمبدأ المساواة لأن هذه المعاملة الخاصة لا ترجع إلى أسباب شخصية تتعلق بأشخاص هؤلاء المسؤولين، وإنما ترجع إلى تقييم اعتبار وخصوصية الوظيفة التى يشغلونها، والتى تتعلق بالمصلحة العامة^(٦).

وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بمعيار مراعاة المصلحة العامة عند

(١) Décision No. 84 - 184 Dc du 29 Décembre 1984, Recueil, op. cit., p.212.

(٢) انظر: Ferdinand Mélin - Soucramanien, op. cit., pp. 182, 190.

(٣) انظر: Christian Starck, La constitution cadre et mesure du droit, Economica, 1994, p.111.

(٤) انظر أحكاماً صدرت سنة ١٩٩٧ مشاراً إليها فى:

Chroniques, Belgique, Annuaire International de Justice constitutionnelle, p.494.

(٥) Chroniques, Belgique, Annuaire, op. cit., pp. 496, 447.

(٦) مثال ذلك الأحكام رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥، ٣٠ لسنة ١٩٨٦، و٣٥ لسنة ١٩٨٨ وقد أشار إليها

Barbero Santos; Le rôle et l'impact du constitutionnalisme des tribunaux constitutionnelles et des cours supremes, sur l'évolution du système de justice criminelle, cp. cit. 249, 250.

المفاضلة بين المصالح المحمية . فقضت بأن النص التشريعي المطعون عليه (المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات الجنائية) يحظره الطعن في قرار النيابة بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية في تهمة موجهة إلى أحد الموظفين أو المستخدمين العاملين لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها قد التزم اتجاه رد غائلة العدوان عن هؤلاء في مواجهة صور من إساءة استعمال الحق في التعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة كوسيلة للملاحقة جنائية تقوم على أدلة متخاذلة أو يكون باعثها التجريح ، فإن المشرع يكون قد رجع حماية الوظيفة العامة من مخاطر اتهام لا يقوم على أساس من ناحية الواقع أو القانون ، ويكون محققا لمصلحة عامة تركز على أسس موضوعية لا يقيم في مجال تطبيقها تمييزا بين المخاطبين بأحكامه المتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليه^(١).

كما قررت المحكمة الدستورية العليا في مجال تفسير عبارة (أيضا من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر) الواردة في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ ، أن المقصود بها الجرائم المحددة بنوعها تحديدا مجردا وكذلك الجرائم المعينة بذواتها بعد ارتكابها فعلا . وأسست المحكمة قرارها بالتفسير على أن رئيس الجمهورية إذ يقدر وفقا للفقرة الثانية من المادة السادسة - إحالة جريمة أو جرائم بذواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها ، فإنه بذلك يزن كل حالة على حدة بما يناسبها ، ويقرر الإحالة أو يغض بصره عنها على ضوء «مقاييس موضوعية» يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة في درجاتها العليا ، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدوانا عليها ، أو يخل بحرياتهم انحرافا عن ضماناتها^(٢).

(١) دستورية عليا في ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد ١٩ في ٧ مايو ١٩٩٢ . وانظر أيضا دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية في ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ العدد ٣ ، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا برفض الطعن بعدم دستورية المادة ٢٣٢ إجراءات بشأن حظر رفع الدعوى الجنائية بالطريق العام المباشر ضد الموظف أو المستخدم العام أو رجال الضبط عن جريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ، عدا الحجة المنصوص عليها في المادة ١٢٣ عقوبات ، واستندت المحكمة ضمن ما استندت إليه إلى أن المحكمة من هذا النص هي حماية الوظيفة العامة لا شخص الموظف العام ، وأن الموظفين يباشرون أعمال وظائفهم تحقيقا لمصالح المواطنين .

(٢) دستورية عليا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ ، الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير» ، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني) ، قاعدة رقم ١ ص ١٧٤ .

كما عيّنت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها بالإشارة إلى مقتضيات الصالح العام في مجال وضع الشروط التي تتحدد بها المراكز القانونية^(١)، أو في مجال تحديد الهدف الذي يسعى المشرع لبلوغه من وراء التنظيم التشريعي^(٢). وهو ما يكشف عن اعتبارها المصلحة العامة هي الأولى بالرعاية في مجال التوازن مع غيرها من الحقوق والحريات عند تقرير المعاملة الواجبة عند تعدد المراكز القانونية. كما عيّنت المحكمة الدستورية العليا بالإشارة إلى أنه إذا جاز للدولة أن تدفع الضرر الأكبر بالضرر الأقل لزوماً، إلا أن تطبيقها مبدأ المساواة لا يجوز أن يكون كاشفاً عن نزواتها، ولا منبثاً عن اعتناقها لأوضاع جائزة^(٣)، وهو ما يكشف ضمناً عن معيار المصلحة العامة. وقضت بأن قصر قضاء تأديب رجال القضاء على درجة واحدة، غير مخالف للدستور، يرجع لدواعٍ اقتضتها المصلحة العامة مما ينفي الإخلال بالمساواة بين أعضاء السلطة القضائية وغيرهم في مجال النفاذ إلى قضاء تتعدد درجاته^(٤). وقضت بأن قصر التنظيم الخاص بدعوى الصلاحية على رجال السلطة القضائية دون غيرهم من المواطنين، قد اقتضته أغراض المصلحة العامة^(٥).

وقضت بأن أفراد تنظيم قضائي لحسم النزاع حول مدى توافر الشروط التي يتطلبها القانون في مجال شهر المحررات أو تخلفها، وقصره على المخاطبين بها جاء لأغراض تقتضيها المصلحة العامة ممثلة في سرعة إنهاء المنازعات الدائرة بين أطرافها دون إخلال بما تقتضيه دراستها وفحصها من تهيئة الأسس الكافية للفصل فيها، ومما لا يخالفه فيه مبدأ المساواة أمام القانون^(٦).

(١) دستورية عليا في ٢٩ إبريل سنة ١٩٨٩، ٢١ مايو سنة ١٩٨٩، ١٩ مايو سنة ١٩٩٠، ٤ مايو سنة ١٩٩١، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج٤ قواعد رقم ٢٨ و ٣١ و ٣٣ و ٤٢ ص ٢١٨ و ٢٤٠ و ٢٥٦ و ٣٥١ وعلى التوالي.

(٢) دستورية عليا في ١٩ يونيو سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٣٠ ص ٣٥٩.

(٣) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٤) دستورية عليا في ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ في القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج١ ص ٥٧.

(٥) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢.

(٦) دستورية عليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٨ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج٥ (المجلد الثاني) ص ٥٦.

القسم الثانى

الرقابة على احترام الشرعية الدستورية كضمان للحقوق والحريات

٣٩-تمهيد

إذا كانت الحقوق والحريات دعائم لسيادة القانون، فإنه يجب ضمان هذه الدعائم في جميع القوانين للحيلولة دون التحكم أو إساءة استعمال السلطة. ويتمثل هذا الضمان في الدولة القانونية في أن يعهد لهيئة ذات طابع قضائى للرقابة على مدى احترام المخاطبين بالقانون للشرعية الدستورية. وقد اختلفت اتجاهات هذه الرقابة في مختلف دول العالم ما بين نموذج أمريكى وآخر أوروبى وآخر مختلط. وسوف نعرض فيما يلى للقضاء الدستورى بوجه عام من حيث تطوره، ثم نحدد أسس الرقابة وأنواعها، وبعد ذلك نبين نظام الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصرى والقانون المقارن.

الباب الأول

نماذج القضاء الدستوري بوجه عام

٤٠- تطور فكرة القضاء الدستوري^(١)

ترتبط فكرة الرقابة على دستورية القوانين بتطور الاتجاه نحو وضع دساتير تضمن القواعد التي تخضع لها سلطات الدولة وغيرها من القواعد التي يلتزم الجميع باحترامها، وتنال قوة قانونية تسمو على سائر القواعد القانونية. فمن الطبيعي عندما تتأكد القوة الإلزامية للدستور، أن يكون له قضاء يطبقه على المنازعات التي تنشأ حول تطبيق قواعده وتنازعها مع القواعد التشريعية التي تدنوها مرتبة.

ويمكن تصور وظيفة القضاء الدستوري في إطار إحدى فكرتين:

الأولى: بوصفه قاضي السلطات العامة، فيارس اختصاصه في المنازعات مع السلطتين التشريعية والقضائية، مثل اختيار أعضاء السلطة التشريعية ونشاطها أو تعيين أعضاء السلطة التنفيذية ونشاطها. ويستوى أن تكون القواعد التي يطبقها القاضي الدستوري مصدرها الدستور أو التشريع. وقد أدت هذه الفكرة دورها في تاريخ النظم القانونية، لأنها سمحت للقضاء بوضع حد لعدم احترام سيادة القانون، وأن يصبح القضاء حكماً بين أطراف في الحياة السياسية. إلا أن هذه الفكرة قد انزوت في طي التاريخ.

الثانية: بوصفه قاضياً يطبق الدستور، أي يطبق قاعدة دستورية على نزاع معروض

(١) انظر:

Michel Fromont; La justice constitutionnelle dans le monde; Dalloz, 1996, P. X - 38.

عليه . ولا يشترط في هذا القاضي أن يكون متخصصا في هذا النوع من النزاع . ولهذا قيل بأن محكمة النقض حين تحدد مجال اختصاص القضاء في مجال ممارسة الحريات طبقا للدستور، تمارس قضاء دستوريا .

وباستعراض تطور فكرة القضاء الدستوري على مدى التاريخ ، نجد أنه قد تعددت نماذجه وتنوعت نظمته . وقد شهدت نهاية القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر مولد الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ^(١) . وشهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر مولد هذه الرقابة في كل من أمريكا اللاتينية وبعض أجزاء من أوروبا . إلا أن الخط العام الذي كان يحكم الرقابة على دستورية القوانين تأثر في بداية الأمر بالنموذج الأمريكي ثم ظهر نموذج أوروبي وبعده ظهر نموذج آخر جمع بين النموذجين الأمريكي والأوروبي . ورغم عدم وجود نص في الدستور الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية ولا في دساتير ولاياتها بشأن الرقابة على دستورية القوانين ، إلا أن الجذور الأولى لفكرة هذه الرقابة كانت كافية في التقاليد القضائية الإنجليزية التي لا تسمح بأن يصدر قانون من البرلمان مخالف لقواعد القانون العام الإنجليزي (Common Law) .

وجاء أول تطبيق للرقابة على دستورية القوانين على يد القاضي الأمريكي الاتحادي مارشال في حكمه الشهير سنة ١٨٠٣ في قضية ماربري ضد ماديسون (Marbury V. Madison) والذي استبعد للمرة الأولى تطبيق قانون اتحادى مخالف للدستور الاتحادي الأمريكى ^(٢) . وقد استند هذا الحكم إلى فكرة تفوق الدستور على القانون والتي أكدها ألكسندر هاملتون في سنة ١٧٨٨ في كتابه (The Federalist) إذ قال بأن الدستور هو القانون الأساسى الذى يجب أن ينظر إليه القضاة على أنه كذلك ، ومن ثم يحق لهم استخلاص معناه مثلما يستخلصون معنى أى نص صادر من المشرع ، وأنه لو ظهر تناقض غير قابل للحل بين الاثنين ، فيتعين تفضيل النص صاحب القوة والقيمة الأعلى ، أو بالأحرى يجب تفضيل الدستور على القانون ، أى تفضيل إرادة الشعب على إرادة ممثليه . وقال بأن هذه النتيجة لا تعنى على الإطلاق بأن السلطة القضائية أعلى من السلطة التشريعية ، فذلك ينطوى فقط على أن سلطة الشعب أعلى من السلطتين

(١) انظر في الموضوع ، الدكتور أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى ، ١٩٦٠ ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) Marbury v. madison, 5 U.S. (1cr.) 137 (1803).

الأخريين . وحينما تتعارض إرادة المشرع كما عبرت عنها القوانين مع إرادة الشعب كما عبر عنها الدستور، فلا بد من الحكم وفقا للدستور لا القانون .

وواضح مما تقدم أن النموذج الأمريكى يتمثل فى اختصاص القضاء العادى بالرقابة على دستورية القوانين، تأسيسا على أنه إذا تعارض نص دستورى مع نص قانونى وجب تطبيق نص الدستور بوصفه النص الأعلى .

وقد طبق هذا النموذج فى عدد من دول أمريكا اللاتينية (الدومينيكان سنة ١٨٤٤ ، والمكسيك سنة ١٨٤٧ ، والأرجنتين سنة ١٨٦٠ ، والبرازيل سنة ١٨٩١) . إلا أن بعض الدول الأخرى رأت بجانب الأخذ بالنموذج الأمريكى^(١)، تحويل الأفراد رفع دعوى مباشرة إلى المحكمة العليا فى حالة التعارض بين القانون والدستور الاتحادى (فنزويلا سنة ١٨٥٨ ، وكولومبيا سنة ١٩١٠) . وهو ما عرفه الدستور الألمانى فيما بعد .

وجاءت كولومبيا فى دستور سنة ١٨٨٦ فأخذت بالرقابة الوقائية على دستورية القوانين، فرخصت لرئيس الدولة حق تقديم طلب للرقابة على دستورية القانون إلى المحكمة العليا بعد موافقة البرلمان عليه وقبل إصداره . وقد أخذت فرنسا فيما بعد بهذا النموذج فى صورة المجلس الدستورى .

وفى أوروبا أنشأت النمسا فى عام ١٨٦٧ محكمة الإمبراطورية لتختص بالفصل فى طعون الأفراد ضد القرارات الإدارية التى تمس أحد الحقوق الأساسية للمواطنين التى كفلها الدستور . فكان ذلك إيذانا ببدايات مولد قضاء دستورى . فللمرة الأولى فى أوروبا يطبق القاضى نصا دستوريا مباشرة على دعاوى مرفوعة من الأفراد . كما عنى الدستور السويسرى عام ١٨٧٤ بفتح باب الدعوى أمام كل مواطن بسبب انتهاك حق كفله الدستور الاتحادى، وترفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية ومقرها لوزان . ومن ناحية أخرى عنى القضاة فى المقاطعات بالتحقق من مدى مطابقة القوانين المحلية محل النزاع للدستور الاتحادى . وقد ظهر النموذج الأوروبى للقضاء الدستورى بإنشاء هذه المحكمة متأثرا بكتابات Kelsen^(٢) .

Garlicki et Zakrzewski; La protection juridictionnelle de la constitution dans le monde (١) contemporain, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1985, p.22.

Hans Kelsen, théorei pure du droit, Paris, Dalloz, traduction française de la 2 éme édition (٢) allemande par ch. Eisenman, 1962.

وأخذ القضاء اليونانى فى ١٨٧١ و ١٨٧٩ بمبدأ سلطة القاضى فى التحقق من مدى مطابقة القوانين التشريعية للدستور - وهو بذاته النموذج الأمريكى . وتأثرت النرويج بذات الاتجاه منذ سنة ١٨٦٦ . وجاء الدستور البرتغالى سنة ١٩١١ فأعطى للمحاكم صراحة حق التحقق من مطابقة القواعد التشريعية للدستور.

وفى القرن العشرين ظهرت أجيال جديدة للقضاء الدستورى ، ظهر الجيل الأول منها بعد الحرب العالمية الأولى ، وظهر الجيل الثانى بعد الحرب العالمية الثانية ، على حين ظهر الجيل الثالث بعد سقوط الاتحاد السوفيتى . وإذا كان القرن التاسع عشر هو قرن البرلمان ، فإن القرن العشرين هو قرن القضاء الدستورى .

أما الجيل الأول للقضاء الدستورى ، فقد ظهر فى الدستور النمساوى سنة ١٩٢٠ إذ أنشأ - ولأول مرة - قضاء متخصصا فى مسائل القانون الدستورى ، يختص بالرقابة على دستورية القوانين بالإضافة إلى ممارسة الاختصاص الذى كان ممنوحا للمحكمة الإمبراطورية والذى كان يحق بمقتضاه هذه المحكمة الفصل فى الطعون بعدم الدستورية المرفوعة من الأفراد ضد القرارات الإدارية لمساسها بالحقوق الأساسية التى كفلها الدستور ، بالإضافة إلى الفصل بناء على طلبات الحكومات الاتحادية أو المحلية بإلغاء القوانين واللوائح غير المطابقة للدستور الاتحادى . وفى عام ١٩٣١ أنشأت أسبانيا محكمة للضمانات الدستورية . أما رومانيا ، فقد عهد دستورها سنة ١٩٢٣ إلى محكمة النقض بمهمة الفصل فى الرقابة على دستورية القوانين . إلا أن هذه الرقابة سرعان ما ألغيت تحت تأثير الفكر الفاشى قبل عام ١٩٤٠ . وآثرت ألمانيا (دستور سنة ١٩١٩) وتشيكوسلوفاكيا (دستور ١٩٢٠) أن تترك للقضاة العاديين سلطة التحقق من دستورية القوانين التى يدور حول تطبيقها النزاع المعروض عليهم . . .

وكان دستور أيرلندا سنة ١٩٣٧ أول دستور لدولة تابعة للتاج البريطانى يقطع الصلة ليس فقط بمملكة بريطانيا العظمى ، بل أيضا بكل التقاليد القانونية البريطانية ، وذلك بإدراج إعلان الحقوق الأساسية فى دستور مكتوب وإخضاع القانون للدستور ، ثم خول للمحكمة العليا اختصاصين هامين فى مجال الرقابة على دستورية القوانين : رقابة وقائية على دستورية مشروعات القوانين التى أقرها البرلمان والتى يتشكك رئيس الجمهورية فى دستورها ، ورقابة لاحقة من خلال التحقق من

دستورية قانون مطبق على قضية معروضة على القضاء . ومازالت أيرلندا تطبق هذا النظام حتى الآن .

أما الجيل الثاني للقضاء الدستوري فيتعلق بما ظهر بعد الحرب العالمية الثانية وبعد سقوط الفاشية ، ويتصل بأوروبا الغربية التي آثرت الابتعاد عن أوروبا الشرقية التي خيمت عليها الشيوعية . فقد ظلت بعض الدول تبقى على تحويل الرقابة على دستورية القوانين للقضاء العادي (كما هي الحال في سويسرا والنرويج وأيرلندا) . هذا بالإضافة إلى دول أخرى أبقى على اختصاص القضاة العاديين بالرقابة على دستورية القوانين ، ولكنها في ذات الوقت أنشأت قاضيا متخصصا للفصل في النزاع القضائي بين مختلف جهات القضاء (المحكمة العليا الخاصة في الدستور اليوناني سنة ١٩٧٥) ، أو بالرقابة على الأحكام التي تصدرها المحاكم العادية في مسائل الرقابة على دستورية القوانين (المحكمة الدستورية في الدستور البرتغالي سنة ١٩٧٦ - ١٩٨٢) . كما أبقى النمسا على نظامها في الرقابة على دستورية القوانين والذي يجمع بين القضاء المتخصص والقضاء العادي في ممارسة هذه الرقابة .

وقد أخذت بعض الدول بالرقابة الدستورية قبل إصدار القانون ، وقد ظهر ذلك في فرنسا طبقا لدستور ١٩٥٨ الذي حول رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء وستين نائبا في الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ حق الطعن أمام مجلس دستوري في مشروع القانون المخالف للدستور . وهذه الرقابة الدستورية الوقائية عرفت من قبل بعض دساتير أمريكا اللاتينية في القرن التاسع عشر (مثلا دستور كولومبيا سنة ١٨٨٦) ، ودستور أيرلندا سنة ١٩٣١ . كما اتبع هذا النظام أيضا الدستور البرتغالي (١٩٧٦ - ١٩٨٢) . وعرفه المغرب سنة ١٩٦٣ من خلال الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا إلى أن أنشأت المجلس الدستوري سنة ١٩٩٢ ، وعرفته الجزائر بإنشاء المجلس الدستوري سنة ١٩٩٢ ويلاحظ أن تونس أنشأت مجلسا دستوريا سنة ١٩٩٥ كان يختص فقط بإبداء الرأي في مشروعات القوانين العادية والأساسية ثم أصبح له اختصاص بالرقابة على دستورية القوانين^(١) .

(١) انظر:

Nadia Bernoussi, Le controle de constitutionnalité au maghreb, Thèse de doctorat, Université Mohamed V, 1998, Tome I, pp. 3, 15, 29.

ولم يقتصر الأمر على المستوى الوطنى بل امتد إلى المستوى الدولى فقد أنشئت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بناء على اتفاقية روما سنة ١٩٥٠ لفحص الطعون التى يقدمها الأفراد بسبب مخالفة سلطات الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) للحقوق التى كفلها الدستور، إلا أن المحكمة يقتصر اختصاصها على الحكم بالتعويض بسبب هذه المخالفة دون أن تملك الحكم بإبطال القانون^(١). ومن ناحية أخرى أنشئت محكمة العدل الخاصة بالمجتمعات الأوروبية منذ سنة ١٩٥٢ حتى سنة ١٩٥٩ لتختص بنظر مدى مطابقة القانون الوطنى للمعاهدات الأوروبية، وذلك بناء على طلب إحدى محاكم الدول الأعضاء. ولا تملك هذه المحكمة سلطة إبطال القانون ولكنها تملك فقط سلطة تفسير القانون الوطنى على نحو يقيد القاضى الوطنى.

وجاء الجيل الثالث للقضاء الدستورى بعد سقوط الاتحاد السوفيتى وانحدار الشيوعية وانتقال منطقتى وسط وشرق أوروبا بصفة خاصة من الشيوعية إلى الديمقراطية. فقد أنشأت هذه الدول قضاء دستوريا متخصصا يتولى الرقابة على دستورية القوانين (واللوائح فى معظم الأحيان).

. فقد عرفت بلغاريا لأول مرة القضاء الدستورى منذ لحقتها التغيرات السياسية سنة ١٩٨٩، فأنشأت المحكمة الدستورية العليا بمقتضى دستور سنة ١٩٩١. أما المجر، فكانت تعرف الرقابة الدستورية السابقة منذ سنة ١٩٨٤ التى يارسها المجلس الدستورى. ومنذ لحق التغيير نظامها السياسى سنة ١٩٨٩ شعرت بأهمية وجود محكمة دستورية لا تقبل المعارضة بواسطة أى من القوى السياسية، فأصدرت القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا. أما بولندا، فقد عرفت القضاء الدستورى منذ سنة ١٩٨٥ بمقتضى التعديل الدستورى الذى حدث سنة ١٩٨٢ وظل هذا القانون مطبقا إلى أن صدر دستور جديد فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٧ متضمنا نصوبا بشأن المحكمة الدستورية العليا أعقبه صدور قانون فى أول أغسطس سنة ١٩٩٧ بإنشاء محكمة دستورية. وفى رومانيا، أنشئت المحكمة الدستورية بناء على دستورها الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٩١ وطبقا لقانون المحكمة الدستورية الصادر

(١) انظر:

Jacques Robert, Rapport Général, op. cit., p.775.

في ١٩٩٢ والمعدل في ٢٤ يولية سنة ١٩٩٧ بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٣ والقانون رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩٥ . وأنشأت سلوفاكيا المحكمة الدستورية العليا بمقتضى دستورها الصادر في أول سبتمبر سنة ١٩٩٢ . ومرت التشيك بثلاثة مراحل في إنشاء القضاء الدستوري ، كان أولها هي المحكمة الدستورية للاتحاد التشيكوسلوفاكي سنة ١٩٦٨ ، ونص دستور ١٩٦٨ على إنشاء محاكم دستورية في جمهوريات الاتحاد . إلا أن أيا من هذه المحاكم لم يكتب له الوجود . وجاءت المرحلة الثانية من تطور القضاء الدستوري بإنشاء محكمة دستورية للجمهورية الاتحادية التشيكية والسلوفاكية طبقا لدستور سنة ١٩٩١ ، ولما تحقق الانفصال بين جمهورية التشيك وجمهورية سلوفاكيا جاءت المرحلة الثالثة ، فأُنشئت المحكمة الدستورية التشيكية بمقتضى دستور سنة ١٩٩٢ الذي أعقبه صدور القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٣ بإنشاء المحكمة الدستورية التشيكية^(١) . كما صدر قانون سنة ١٩٩٣ بإنشاء محكمة دستورية في يوغوسلافيا السابقة .

* * *

ولم يقتصر تطور القضاء الدستوري على أوروبا بل امتد إلى خارجها ، في كل من دول أمريكا اللاتينية ، ودول القانون العام «الأنجلوسكسوني» "Common Law" ، وكذلك الدول الإفريقية (وخاصة إفريقيا الفرنكوفونية التي أخذت بالنموذج الفرنسي) ، وفي آسيا (مثل اليابان وكوريا الجنوبية) .

وإذا نظرنا إلى دول أمريكا اللاتينية نجد أن الديمقراطية في هذه الدول قد حققت تطورا ملموسا على امتداد القرن العشرين وخاصة منذ حوالي عشرين عاما ، فلم تعد هناك اليوم دولة في أمريكا اللاتينية بغير قضاء دستوري . وقد تأثرت هذه الدول بوجه عام بالنموذج الأمريكي ، حيث أخذت بالرقابة الدستورية بواسطة المحاكم العادية ، عدا بعض الاستثناءات في دول معينة حيث أنشئت محاكم خاصة بالرقابة على دستورية القوانين كما هي الحال في بنما ، وكوستاريكا ، والإكوادور ، وبيرو . ويلاحظ أن عددا من دول أمريكا اللاتينية التي أخذت بالنموذج الأمريكي في الرقابة على دستورية القوانين

(١) انظر في الموضوع :

La justice constitutionnelle en Europe centrale (centre d'Etudes constitutionnelles et administratives, Sous la direction de Marc Verdussen) Bruylant, 1997.

قد أجازت للأفراد حق رفع دعوى مباشرة أمام المحكمة للحصول على حكم بعدم دستورية القانون، وذلك خلافا للنموذج الأمريكي الذى يقصر التمسك بعدم دستورية القانون أمام المحكمة فى حالة نظر الدعوى أمامها بمناسبة تطبيق المحكمة للقانون (الأرجنتين ١٨٥٣، البرازيل ١٩٧٠، شيلي ١٩٢٣ - ١٩٨٠، المكسيك ١٨١٧ - ١٨٥٧، جواتيمالا ١٩٦٥، هندوراس ١٩٨٢، نيكاراغوا ١٩٧٩).

وقد بدأ التأثير الأوروبى لنظام القضاء الدستورى فى تلك الدول بإدخال أسلوب الدعوى المباشرة الدستورية، ثم امتد التأثير بعد ذلك عند إسناد هذا الاختصاص إلى محكمة واحدة سواء كان ذلك بإسناده إلى محكمة متخصصة (كما هى الحال فى النموذج النمساوى) أو إلى المحكمة العليا (وفقا للنموذج السويسرى).

وقد ظهر ذلك فى إنشاء عدد من المحاكم الدستورية المتخصصة فى أمريكا اللاتينية (شيلي ١٩٨٠، بيرو ١٩٧٩، الإكوادور ١٩٧٨، وجواتيمالا ١٩٦٥، وكوستاريكا التى أنشأت دائرة متخصصة للمسائل الدستورية بالمحكمة العليا سنة ١٩٧٩). ويلاحظ أن تركيز بعض الدول لاختصاص القضاء الدستورى فى المحكمة العليا قد تحيى فى (فنزويلا سنتى ١٨٥٨ و ١٩٦١، وكولومبيا سنة ١٩١٠). على أن هذا التركيز للاختصاص الدستورى - سواء فى محكمة دستورية متخصصة أو فى المحكمة العليا - كان جزئيا، لأن الرقابة الفرعية على دستورية القوانين ظلت أمام المحاكم العادية (وهو النموذج الأمريكى).

ويلاحظ أن أخذ بعض دول أمريكا اللاتينية بأسلوب الطعن المباشر بعدم دستورية القانون المقدم من الأفراد يميز أيضا عن النموذج الأمريكى فى أنه يستند إلى مساس القانون بحق يكفله الدستور للفرد، بينما يتسع النموذج الأمريكى للطعن بسبب المساس بالحق سواء كان مصدره الدستور أو القانون.

وإذا نظرنا إلى دول القانون العام Common Law نجد أن هذه الدول فى القرن العشرين وقعت تحت تأثير نظام دولتين رئيسيتين تطبقان نظام القانون العام وهما بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية. فالقانون الإنجليزى يدعم سلطة البرلمان مما ينحى جانبا من حيث المبدأ أية رقابة على دستورية القوانين. وفى الواقع كانت التجربة الوحيدة للرقابة على دستورية القوانين فى القانون البريطانى هى الرقابة التى يمارسها

مجلس شورى الملك Privy Council على قرارات محاكم بعض الدول الأعضاء في الكومنولث والتي تقتصر بشكل عام على بحث مدى احترام النصوص الأساسية التي أقرها برلمان وستمنستر Westminster والتي تستخدم كدساتير للدول الأعضاء . ومع ذلك فإن هذا الإجراء أصبح في ذمة التاريخ ، بعد أن وضعت الدول الكبرى في الكومنولث دساتير وطنية لها وتبعتها غيرها من الدول .

وكانت الهند أول دولة من دول الكومنولث (بعد أيرلندا) تأخذ بدستور مكتوب ، عني بتحويل المحاكم العليا (سواء المحكمة العليا الاتحادية أو المحاكم العليا في الولايات) سلطة إصدار الأوامر التي تكفل احترام الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور ، بل خول المحكمة الاتحادية العليا سلطة الفصل في استئناف الأحكام الصادرة ضد المحاكم العليا في الولايات التي تتعلق بتفسير الدستور . وقد سنحت الفرصة للمحكمة العليا الاتحادية أن تصدر أحكاما اتسمت بالجرأة المتناهية في هذا المجال في فترة السبعينيات ، مما أدى في الثمانينيات إلى تقليص اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين باستبعاد عدد من القوانين المكمل للدستور والقوانين العادية من الرقابة على دستوريتهما . ومن ناحية أخرى ، فقد جاءت كندا بعد الهند فأخذت بنظام الدستور المكتوب سنة ١٩٨٢ ، وأصدرت ميثاقا للحقوق الكندية في العام نفسه . وطبقا للدستور الكندي تكون لجميع المحاكم سلطة الامتناع عن تطبيق أى قانون غير دستوري ، أو تفسير القانون بما يتفق مع الدستور . ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن الدستور قد سمح للبرلمان الاتحادى أو لأحد مجالس الولايات أن يخرج القانون من الرقابة على دستوريته لمدة خمسة أعوام قابلة للتجديد (المواد ٢ ، و ٧ - ١٥ و ٣٣ من ميثاق الحقوق الكندي) . وقد لجأ البرلمان في ولاية الكيبك إلى استخدام هذا الحق في الفترة من ١٩٨٢ إلى ١٩٨٥ وذلك ردا على وضع دستور وطنى كندي بغير موافقة هذا البرلمان . وقد استخدم هذا الحق مرتين في عام ١٩٨٨ للحيلولة دون أن تتمكن المحكمة العليا من إصدار قرار يتعلق بقانون حول استخدام اللغة الفرنسية . هذا الحدث بطبيعة الحال يتصل بوضع الكيبك داخل الاتحاد الكندي ويكشف أيضا ما يمكن أن يتعرض له القضاء الدستوري في حالة الأزمات .

وفي أستراليا تولت المحكمة العليا سلطة الرقابة على دستورية القوانين طبقا لدستورها الصادر سنة ١٩٨٦ والذي كان في أصله قانونا بريطانيا صدر سنة ١٩٠٨ .

وتختص هذه المحكمة العليا باستبعاد تطبيق القوانين الماسة بالحقوق التي كفلها الدستور.

وفي جنوب إفريقيا تقرر الرقابة على دستورية القوانين منذ وضع الدستور الانتقالي عام ١٩٩٣ حيث أنشئت محكمة دستورية تراقب دستورية القوانين، وتؤكد إنشاء هذه المحكمة في دستور ١٩٩٦ (المادة ١٦٧).

ومن الجلى أن تأثير النظام الأمريكى كان واضحا في القضاء الدستورى في تلك الدول وغيرها بدرجات متفاوتة.

٤١- تحليل لتطور الرقابة على دستورية القوانين

هناك علامات بارزة في تطور الرقابة على الدستورية تعكس مدى انتعاشها مع تفوق الديمقراطية وسيادة القانون. وتبدو أولها، في ظهور المحكمة الدستورية النمساوية بعد الحرب العالمية الأولى. وتبدو ثانيها، في ظهور المحكمة الدستورية في كل من ألمانيا وإيطاليا بعد سقوط النازية والفاشية بعد الحرب العالمية الثانية. وتبدو ثالثها، في إنشاء المجلس الدستورى في فرنسا سنة ١٩٥٨ في دستور الجمهورية الخامسة كرد فعل لعدم الاستقرار الذى شاب كل من الجمهورية الثالثة والرابعة وما صاحب ذلك من الأخذ بالرقابة الدستورية في الدول التى تحررت من النفوذ الفرنسى، كما في المغرب والجزائر. وتبدو رابعها، في تقوية المحاكم الدستورية في دول الكتلة الشرقية بعد سقوط الاتحاد السوفيتى واتحاد ألمانيا الشرقية مع ألمانيا الغربية.

وباستقراء تطور القضاء الدستورى على النحو المتقدم نجد أنه قد أخذ بثلاثة نماذج من حيث المحكمة المختصة:

* نموذج أمريكى: يعطى الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين لمحاكم القانون العام، على أساس أن القواعد الدستورية تسمو على جميع القواعد القانونية ويجب تطبيقها مباشرة على أى نزاع مطروح أمام المحكمة والامتناع عن تطبيق ما يخالفها من قواعد أدنى. وتتم هذه الرقابة من خلال الدفع بعدم الدستورية أثناء نظر نزاع مطروح أمام المحكمة "Judicial review". وهى رقابة شائعة "Diffuse" لأطراف

النزاع أمام المحاكم العادية، دون أن تستهدف إبطال القانون الذى يحكم النزاع ولا حذفه من النظام القانونى، وإنما تكون الرقابة لمجرد استبعاد تطبيقه فى حالة محددة.

ويتسم هذا النموذج بالرقابة اللامركزية على دستورية القوانين، إذ تتعرض المحاكم على اختلاف درجاتها لبحث دستورية القوانين، على أن تظل المحكمة العليا هى المرجع الأخير فى تقرير الدستورية أو عدمها.

ومن المعروف أن المحكمة العليا الأمريكية تعطى معظم نشاطها للقضايا التى تثير مسائل دستوريته (وفقا لمعيار الانتقاء الذى تأخذ به فى تحديد جدول أعمالها)، ونادرا ما تبحث غير ذلك من القضايا. وتصبح هذه المحكمة فى نظرها للقضايا التى تثير مسائل دستورية بمثابة محكمة دستورية^(١).

* نموذج أوروبى: بدأ فى النمسا، ويعطى الاختصاص لقضاء متخصص تنحصر وظيفته بحسب الأصل فى الرقابة الدستورية. وقد تميزت الرقابة على دستورية القوانين فى هذا النموذج بالمركزية، كما هو واضح فى النمسا، وألمانيا، وإيطاليا، وأسبانيا. ويتم هذه الرقابة من خلال الدعوى الدستورية.

ويعيب النموذج الأول، أنه لا بد من اجتياز السلم القضائى للمحاكم حتى يمكن الوصول إلى المحكمة العليا لتقول كلمتها النهائية، كما أن حكم هذه المحكمة له حجية نسبية قاصرة على أطراف الدعوى، فليست له حجية مطلقة، إلا أن احترام السوابق القضائية فى الولايات المتحدة يخفف من حدة الحجية النسبية للأحكام، ما لم ترجع المحكمة العليا عن مبادئها فى مناسبات أخرى.

أما النموذج الثانى، فإنه يعطى الاختصاص لقضاء أكثر تخصصا فى تطبيق الدستور، وتكون لأحكامه حجية مطلقة لا حجية نسبية تقتصر على أطراف الدعوى. على أنه فى داخل النموذج الأوروبى ظهر نوعان من الرقابة: رقابة سابقة تتناول مشروعات القوانين كما فى فرنسا وبعض دول أمريكا اللاتينية، وأيرلندا وبعض دول إفريقيا التى كانت تخضع للنموذج الفرنسى كالمغرب وتونس والجزائر. وتنحصر الرقابة الدستورية فى مشروعات القوانين لا على القوانين بعد صدورها. فهى رقابة وقائية

R. Llorente; Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe; Annuaire (١) international de justice constitutionnelle, Economica, 1996, p.16.

للحيلولة دون الوقوع في حمة عدم الدستورية بعد إصدار القوانين وتطبيقها . وقد لوحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يتردد في كثير من الأحوال بتقرير عدم دستورية عدد من مشروعات القوانين لمساسها بالحقوق والحريات .

ورغم اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة السابقة ، فقد ذهب الفقه الفرنسي إلى اعتباره قاضيا دستوريا ، وأنه يتميز عن القاضى العادى بانتمائه إلى نظام أساسى متميز عن النظام الأساسى للقضاة العاديين ، فهو يستند إلى الدستور ، ويراقب السلطة التشريعية ، ولا يمكن تجنب الصدى السياسى لقراراته ^(١) .

وبالإضافة إلى الرقابة السابقة ، توجد الرقابة اللاحقة ، والتي تتناول القانون بعد صدوره . وقد أصبحت هى الأصل فى المحاكم الدستورية .

* نموذج مختلط أخذ بالنموذجين الأمريكى والأوروبى معاً : وهو ما ينطبق فى بعض دول فى أمريكا اللاتينية وبعض الدول الأوروبية (ومثاله البرتغال) ، حيث جمعت بعض المحاكم فى حدود معينة بين الرقابة اللاحقة على إصدار القوانين وتطبيقها والرقابة السابقة .

٤٢- تطور الرقابة على دستورية القوانين فى مصر

يبين من استقراء اتجاهات القضاء المصرى قبل إنشاء المحكمة العليا سنة ١٩٦٩ أنه على الرغم من عدم وجود نص فى دستور ١٩٢٣ وكذا دستور ١٩٣٠ يخول المحاكم سلطة الرقابة الدستورية على القوانين ، فإن المحاكم قد أقرت - بعد تردد فى بادئ الأمر - سلطة القضاء فى التصدى لبحث مدى دستورية القوانين إذا دفع أمامها بعدم دستورية قانون أو أى نص لائعى يطلب أحد الخصوم تطبيقه فى الدعوى المطروحة عليها ، واستندت فى تقرير اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين إلى أنه يعتبر من صميم وظيفتها القضائية القائمة على تطبيق القانون فيما يعرض عليها من منازعات ، فإذا تعارض القانون المطلوب تطبيقه فى الدعوى مع الدستور وجب عليها أن تطبق حكمه وتغفل حكم القانون ، وذلك إعمالاً لمبدأ سيادة الدستور ، وسموه على التشريعات الأخرى ، وقصرت ولايتها فى هذا الصدد على الامتناع عن تطبيق القانون المخالف

C. Debbasch (Cours constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux), Economica, (١) 1987, p.29.

للدستور^(١). وأكد الفقه بعد تردد هذا المبدأ على أساس أن القضاء حين يراقب دستورية القوانين يقوم بعمل قضائي هو التعرض للقانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح أمامه. على أن قضاء المحاكم في موضوع دستورية القانون لم يكن ملزماً لها ولا لغيرها من المحاكم في الأفضية الأخرى، فكان لها أن تنقض في الغد ما تبرمه اليوم، وكأن القانون يعتبر في آن واحد دستورياً تطبقه بعض المحاكم وغير دستوري تمتنع عن تطبيقه محاكم أخرى. ونظراً لما يترتب على اختلاف وجهات النظر بين المحاكم في هذا الموضوع الخطير من اضطراب وعدم استقرار في المعاملات والحقوق والمراكز القانونية، فقد أنشأ المشرع المحكمة العليا بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ (استناداً إلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفويض من رئيس الجمهورية إصدار قرارات لها قوة القانون) وخولها دون سواها الفصل في دستورية القوانين (المادة ١/٤ من القانون المذكور)، وذلك كما عبرت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، حتى (لا يترك البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائي وحتى لا تتباين وجوه الرأي فيه)^(٢). إلا أن هذه المحكمة لم يكن لها أساس دستوري يسمح لها بأن تصدر أحكاماً لها حجية مطلقة بعدم الدستورية؛ لأن الأثر القانوني لهذه الحجية وهو عدم نفاذ النص المخالف للدستور يعطل حكم الدستور فيما نص عليه من نفاذ التشريعات بعد نشرها وفقاً للمادة ١٨٨ منه. ولا يجوز تكملة أو تقييد

(١) استهل هذا الاتجاه حكم محكمة القضاء الإداري في ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ في القضية رقم ٦٥ لسنة قضائية، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة السنة الثانية ص ٣١٥. وقد صدر هذا الحكم من الدائرة الثانية بمحكمة القضاء الإداري برئاسة الدكتور محمد كامل مرسى رئيس المجلس. وكان أول حكم قرر صراحة حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين هو الحكم الذي أصدرته محكمة مصر الابتدائية الأهلية في أول مايو سنة ١٩٤١، والذي انتهى إلى أن للمحاكم مطلق الحرية في بحث دستورية القانون المطلوب منها تطبيقه، بحيث إذا اقتصت بمخالفته لأحكام الدستور شكلاً أو موضوعاً، كان لها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المطروح أمامها. غير أن هذا الحكم ألغى استئنافاً وقضت محكمة الاستئناف بتاريخ ٣٠ مايو ١٩٤٣ بإنكار حق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين. أما محكمة النقض فلم تقطع برأى في هذا الموضوع.

(انظر دراسة مقارنة تحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا للمستشار أحمد ممدوح عطية تضمنتها محاضرة ألقاها سيادته يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧٩ في الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء، منشورة بالعدد ٣٧ من مجلة مصر المعاصرة).

(٢) انظر في الدعوة إلى إنشاء قضاء دستوري في مصر، رسالة دكتوراه نوقشت في فرنسا.

Shoukri Nagib, La constitution Egyptienne et le contrôle de la constitutionnalité des lois, thèse, faculté de droit, université de Paris, société nouvelle des juris classeur, 1929, p. 178.

حكم في الدستور إلا بحكم في ذات الدستور. كما أن الاختصاص بالتفسير الملزم للتشريع كان يعوزه أيضا وجود نص في الدستور يسمح بذلك. وجاء الدستور المصري لسنة ١٩٧١ فنص — كأول دستور مصري — في المادة ١٧٥ على أن تختص المحكمة الدستورية العليا وحدها بالرقابة الدستورية على ما يصدر من قوانين أو لوائح، ونص في المادة ١٩٢ على أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا^(١). وظل الحال كذلك إلى أن صدر قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فشكلت المحكمة تطبيقا له. وبحكم المادة ١٩٢ من الدستور أصبحت للمحكمة العليا قيمة دستورية من يوم العمل بدستور ١٩٧١.

(١) خلا كل من دستور ١٩٥٦ و ١٩٦٤ من أى نص على إنشاء محكمة دستورية عليا. وكان التقرير الذى أعدته لجنة الميثاق الذى وافق عليه مؤتمر القوى الشعبية في ٣٠ يونية سنة ١٩٦٢ قد نص على أنه قد أصبح ملائما الآن تأكيداً للحرية ودعما لها أن يتقرر إنشاء محكمة دستورية عليا، ثم جاء بيان ٣٠ مارس سنة ١٩٦٨ فأورد في سياق تصوره للخطوط الأساسية للدستور، أن ينص فيه على إنشاء محكمة دستورية عليا. (انظر المستشار أحمد معدوح عطية، المرجع السابق).

الباب الثانى

الأسس الفلسفية للرقابة على دستورية القوانين

على اختلاف نماذج القضاء الدستورى فى العالم، تعتمد الرقابة على دستورية القوانين على عدة أسس فلسفية نبرزها فيما يلى مع مناقشة الاعتراضات التى وجهت إليها.

٤٣ - (أولا) : حماية النظام الديمقراطى وسيادة الدستور

ظهرت الحاجة إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين بعد اندحار النظم الديكتاتورية. ففي هذه النظم يعتبر القانون عملا (مقدسا) تتوافر فيه قيمة المشروعية التى لا يجوز المساس بها، إلا أن الدروس المستفادة من تعسف هذه النظم مثل النازية والفاشية أدت إلى البحث عن وسيلة لحماية القانون لا من بطش السلطة التنفيذية فحسب وإنما من تحكم السلطة التشريعية.

ويتطلب ذلك أن تنسحب الصفة (المقدسة) للقانون إلى الدستور نفسه، بحيث يصبح هذا الأخير القانون الأساسى لكل القوانين. وقد بدأ تطور هذه الفكرة فى ألمانيا وإيطاليا منذ الخمسينيات بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ثم انتقلت إلى فرنسا وأسبانيا.

وفى إطار المنطق سالف الذكر أصبحت الرقابة القضائية على دستورية القوانين إحدى وظائف النظام السياسى حين تتوافر الأغلبية البرلمانية المستقرة المستمرة التى

تستطيع الموافقة على القوانين ، مما يتطلب موازنتها بقضاء دستوري يراقب دستورية هذه القوانين^(١).

ومن ناحية أخرى ، فإن الديمقراطية لا تقوم بغير سيادة القانون . ومن ثم فإن الديمقراطية لا تكون حقيقة واقعة إلا في البلاد التي تشهد رقابة على دستورية القوانين . فشرعية الرقابة هي علامة على نضج الديمقراطية ، وذلك باعتبار أن سيادة القانون لا تتأكد إلا بالاعتراف المتواصل بسيادة الدستور^(٢) . وقد ذهب إيسمان إلى أنه ما لم تتأكد سيادة الدستور بالرقابة على دستورية القوانين ، فإن الدستور يكون برنامجا سياسيا له قوة إلزامية أدبية ، ويصبح مجموعة من النصائح المفيدة للمشرع مع تركه حرا يفعل ما يشاء ، لأن أفعاله المخالفة للدستور سوف تظل صحيحة في جميع الأحوال . وعلى هذا النحو ، فإن الرقابة على دستورية القوانين تؤكد إلزامية قواعد الدستور ، وبها يتأكد أن الدستور هو القاعدة القانونية الأسمى ، وأنه هو الأصل في كل صحة قانونية^(٣) . وعلى هذا الأساس ، فإن دستورية القوانين أو عدم دستوريتهما لا تتحدد إلا بالنظر إلى الدستور ، وهو ما يحتاج إلى رقابة دستورية على القوانين للتحقق من مدى مطابقة نصوصها للدستور^(٤) . ومن هنا ، لا يمكن وجود دستور في دولة ديمقراطية بغير قضاء دستوري يكفل حكم دولة سيادة القانون^(٥).

ومع ذلك انتقد البعض في فرنسا رقابة المجلس الدستوري على دستورية مشروعات القوانين اعتمادا على سيادة البرلمان قائلا بأن نشاط المجلس الدستوري هو طريق الجمهورية البرلمانية للتحويل إلى دولة القانون الجمهورية ، وتساءل أيهما يعتد به الشعب ؛ نوابه في البرلمان أم تسعة أعضاء في المجلس الدستوري ، وقال البعض بأن هذا

(١) وفي الدول التي لا تتوفر فيها الأغلبية البرلمانية المستقرة - مثل إيطاليا - يكون تدخل المحكمة الدستورية لازما لتعويض القدرة الحاسمة للسلطة التشريعية . وقيل بأن هذه المحكمة تبدو - في هذه الحالة - مشرعا مشاركا (co- Législateur) أو كالمشرع نفسه .

(Favoreu, Europe Occidentale)

انظر:

(٢) انظر:

G.Drago; L'execution des decisions du conseil constitutionnel, Economica, 1991, p.12.

C. Eisenmann; la Haute cour constitutionnelle d'Autriche, Economica, 1986, No.9, p.22. (٣)

C.Eisenmann, op. cit., p.372.

(٤) انظر:

C.Eisenmann, op. cit., p.374.

(٥)

التحدى سوف يؤدي إلى تدمير البرلمان ، وأن إرادة نواب الشعب المنتخبين لا يمكن أن تتقيد بواسطة جهاز غير منتخب . وقيل بأنه إذا كان الجنرال ديغول قد قال بأن الشعب هو المحكمة العليا فكيف يفقد البرلمان أولويته ، وأن المجلس الدستوري سوف يتحول بالتدريج إلى محكمة عليا لمعظم الأعمال التشريعية للبرلمان^(١) . وقيل في هذا الشأن بأن الرقابة على دستورية القوانين سوف تغلب إرادة القاضي على الإرادة العامة للشعب ، وتغتصب كلمته ، وهو ما يعتبر فشلا للديمقراطية . وقد ساد هذا الفكر تحت تأثير نظرية الدولة الشرعية "L'Etat légal" . التي انبثقت من فكر الثورة الفرنسية وسادت نظام الجمهورية الفرنسية الثالثة ، وكانت تهدف إلى تفوق السلطة التشريعية "Suprématie du corp législatif" . إلا أن «نظرية الدولة الشرعية» كانت بمثابة الطبعة الأولى «لنظرية الدولة القانونية» ، والتي أضافت إلى سابقتها أن السلطة التشريعية أيضا يجب أن تلتزم بأحكام الدستور؛ مما يوجب عليها أن تضمن ما تقره من تشريعات حماية الحقوق والحريات التي يكفلها هذا الدستور^(٢) . ذلك أن تمثيل البرلمان للشعب وإن كان يعبر عن إرادته العامة ، إلا أن هذا التعبير يكون فقط وفقا للشروط المنصوص عليها في الدستور . وخارج هذه الحدود ، فإن الإرادة العامة لا يمكن أن تتفوق إلا من خلال إجراءات تعديل الدستور التي تضمنتها وثيقة الدستور^(٣) . وتحت تأثير ذلك فإن المجلس الدستوري الفرنسي أنشئ في دستور ١٩٥٨ لحراسة السلطة التنفيذية ، فجاء هذا المجلس منذ قراره الشهير الصادر في ١٦ يولية سنة ١٩٧١ بشأن حرية العقيدة فتوسع في تحديد الدستور لكي يشمل إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطنة ومقدمة دستور ١٩٤٦ وتوسع المجلس في اختصاصه لكي يحمي الحقوق والحريات^(٤) . ولهذا قيل بأن البرلمان ونوابه رغم انتخابهم من الشعب ليسوا أصحاب السيادة ، لأنهم يستمدون سلطاتهم من الدستور لا من الشعب . ومهمة القاضي الدستوري هي أن يضع كل شيء في نصابه ؛ الشعب في مكان السيادة ،

(١) انظر :

Michel Ameller; L'Assemblée Nationale, éd. p.u.f. 1994, p. 8 et 9.

Marie - Joëlle Redor, De l'Etat légal à l'Etat de droit, Economica, 1992, pp. 10 - 24. (٢)

G. Vedel, Avant - Propos (C. Eisenmann, op. IX). (٣)

(٤) انظر ما تقدم بند ٦ . وقد قيل في هذا الصدد بأنه بعد أريد للمجلس الدستوري أن يكون حارسا للسلطة التنفيذية فك الرباط الذي يقيد وأصبح حارسا للحقوق والحريات .

والمنتخبون من الشعب في مكانهم كنواب^(١). وأضاف البعض إلى ذلك إلى أن سيادة البرلمان البعيدة عن الرقابة الدستورية فكرة بالغة الخطورة؛ إذ لا يمكن أن ننسى أن النظام النازي أنشئ وفقا لإجراءات مطابقة للدستور، وأن البرلمان الألماني هو الذي أوقف الحريات، وأنه على الرغم من أن التقاليد الفرنسية تأبى أن تحذو هذا المنحى، إلا أن الحرية قد تتعرض للخطر ببعض التشريعات وهو ما ثبت من قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٦ يولية سنة ١٩٧١ بناء على طلب رئيس مجلس الشيوخ بعدم دستورية مشروع قانون يخالف حرية الاجتماع^(٢). ومع ذلك، فإن الرقابة على الدستورية لا تهدف إلى التقليل من سيادة البرلمان، وإنما تهدف إلى التحقق من أنه كان يعمل في النطاق الذي سمح به الدستور، وأن كلمة الشعب صاحب السيادة عبر عنها نوابه أصدق تعبير - وذلك في ظل فكر الدولة القانونية لا فكر الدولة الشرعية.

وقد أوضحت الندوة التي عقدت في مدينة مونبلييه في إبريل سنة ١٩٩٢ عن الديمقراطية المستمرة أن الديمقراطية النيابية تمر بأزمة ضعف الثقة بين الحكومة ونوابهم في البرلمان^(٣) فيما يتعلق بمضمون التشريع؛ مما يتطلب تحويلها إلى ديمقراطية مستمرة فلا تقف عند حد وقت انتخاب نواب الشعب، بل تستمر رقابة الشعب بين هذا الوقت والوقت الذي يليه من خلال مؤثرين؛ الأول ليست له طبيعة قضائية، ويتمثل في أجهزة الإعلام وفي الالتجاء إلى الاستفتاء الشعبي وآراء المجتمع المدني؛ والثاني له طبيعة قضائية ويتمثل في القضاء الدستوري من خلال منع إصدار تشريعات لا تتفق مع الإرادة العامة للشعب التي عبر عنها الدستور^(٤).

والرقابة على دستورية القوانين على هذا النحو ليست من أجل إضفاء حماية قضائية

(١) Dominique Rousseau; Yat - il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France? (Le constitutionnalisation des branches du droit, collection droit public positif, Economica, 1998, p.21,22).

(٢) Décision No. 71 - 44 Dc du 16 Juillet 1971, Recueil jur. constit. (1959 - 1993), p.24. François Luchaire, procédures et techniques de protection des droits fondamentaux (cours constitutionnelles européens et droits fondamentaux, Economica, 1987, p. 56 - 57).

(٣) La démocratie continue, ouvrage collectif sous la direction de D. Rousseau, Ed. LGDJ Bruy-ant, collection La Pensée Juridique moderne, 1992.

(٤) Alexandre Viala, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, LGDT, Paris, 1999, P.176.

على مبادئ غير قانونية ، وليست من أجل تمكين القضاء وحده من الإمساك بحقائق القانون ، وإنما هي فقط من أجل التمكين للدولة القانونية القائمة على سيادة القانون ، والحيلولة دون تسليط مفاهيم لم يوافق عليها المشرع الدستوري . إنها من أجل الدفاع عن الناتج السياسي لما اتفقت عليه إرادة القوى السياسية للشعب الذى أصدر الدستور^(١) ، إنها من أجل إعطاء الكلمة النهائية للشعب الذى وضع الدستور . إنها ليست عائقاً أمام الديمقراطية ، بل هي إحدى حماها .

ومن ناحية أخرى ، فإن القاضي الدستوري لا يغتصب كلمة الشعب التى عبر عنها فى الدستور ، بل هو الذى يعطى لهذه الكلمة مضمونها القاعدي الكامل . ومن خلال الرقابة الدستورية تتأكد فعالية الكلمة الدستورية للشعب . وبدونها فإن هذه الكلمة ، الدستورية تضحى بغير مضمون قاعدي وبغير فعالية ، وتنحل لكى تصبح كما قال Olivier Cayla مجرد ضجيج^(٢) ! ! .

وقد رد إيسمان على نظرية سيادة البرلمان والتشريع التى تستبعد الرقابة على دستورية القوانين ، بأنها تنكر وجود قانون دستوري فوق القوانين العادية التى يقرها البرلمان ، وتنكر وجود حدود دستورية لاختصاص المشرع العادي . وأضاف بأن النظرية التى تنكر ذلك لا يمكن أن تنكر وجود نوعين من الإجراءات التشريعية ؛ نوع يطبق عند وضع النصوص التى تعتبر جزءاً من الدستور ، ونوع آخر يطبق عند وضع النصوص التى تعتبر جزءاً من التشريع . ومن هذا التمييز بين النوعين تتضح حدود سيادة البرلمان^(٣) . من هنا ، فإن القضاء الدستوري يكشف بوضوح مجال اختصاص السلطة التشريعية .

٤٤ - (ثانياً) : ضمان احترام الحقوق والحريات

تهدف الرقابة على دستورية القوانين إلى حمل المشرع على احترام وحماية الحقوق والحريات التى كفلها الدستور . وقد لوحظ أنه فى معظم الدول التى أخذت بنظام

Nadia Bernoussi, Thèse de doctorat, op. cit., T.I., p, 25.

(١)

Dominique Rousseau, op. cit., p.22.

(٢) انظر:

Favoreu; La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle (٣) انظر:

(Eisenmann, La justice constitutionnelle et la haut Cour constitutionnelle d'Autriche,

op. cit., p.373).

القضاء الدستوري تكفل فيها كل من المشرع الدستوري والقضاء الدستوري بتحديد هذه الحقوق وحمايتها. فمثلا لوحظ في فرنسا أن ديباجة دستور ١٩٤٦ قد أكدت حقوق وحرّيات الإنسان والمواطن التي أوردها إعلان الحقوق سنة ١٧٨٩. وقد ثار الغموض حول طبيعة هذه الديباجة. وجاء دستور ١٩٥٨ فأورد في مقدمته أن الشعب الفرنسي يؤكد بصفة رسمية ارتباطه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية التي حددها إعلان ١٧٨٩ الذي تأكد وأكمل بواسطة ديباجة دستور ١٩٤٦. ووسط الغموض والتردد الذي ثار حول القيمة الدستورية لديباجة دستور ١٩٤٦ وإعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩، جاء المجلس الدستوري الفرنسي فأكد إعطاءها القيمة الدستورية^(١). وجاءت المحكمة الدستورية العليا في مصر فأكدت - كما بينا من قبل - أن خضوع الدولة للقانون يعني عدم إخلال تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان^(٢). وقد رأينا فيما سبق دور القضاء الدستوري في استخلاص بعض الحقوق والحريات الأساسية ضمناً من نصوص الدستور.

وفي إيطاليا، قامت المحكمة الدستورية العليا بدور هام في حماية الحقوق والحريات رغم قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٣٠ والذي صدر في عهد الدكتاتورية الفاشية، فقد أكدت هذه المحكمة منذ أصدرت أول أحكامها، على ضمان حقوق الدفاع وضمّان المحاكمة المنصفة، ووجوب تأسيس العقوبات على مبدأ التناسب^(٣).

وبالإضافة إلى ذلك، فيجب أن نشير إلى أن الرقابة الدستورية وفقاً للنموذج الأمريكي تهدف مباشرة إلى حماية الحقوق والحريات في مواجهة السلطة. فهذه الحماية هي الهدف الأسمى من الرقابة الدستورية في نموذجها الأمريكي والأوروبي^(٤).

(١) Dc. No. 71 - 44 du 16 Juillet 1971, Recueil jur. constit (1959 - 1993), p.24.

Dec. No. 75 - 54 Dc. du 15 Janvier 1975, Rec. op. cit., p.30.

وأكد ذلك من قبل مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية. انظر:

(Eisenmann, op. cit., P.XI. في مؤلف Vedel, Avant - Propos)

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٢ و ٢ يناير سنة ١٩٩٣ السابق الإشارة إليهما.

(٣)-Antonio Baldessare, The impact of the constitutional court on the Italian code and constitutional principles, (Nouvelles études pénales, le systèmes comparés de justice, pénale le la diversité au rapprochement, no. 17 1998, p. 242-246).

R. Llorente, op. cit., p.21.

(٤)

وإذا استقرأنا التنظيم الإجرائي للرقابة الدستورية يتجلى هدف حماية الحقوق والحريات بوضوح. ففي النظم التي أخذت بطريق الادعاء المباشر من الأفراد، كما في ألمانيا وأسبانيا، وفي إيطاليا والبرتغال (في حدود معينة)، تستهدف الدعوى المباشرة أمام المحكمة حماية الحقوق الدستورية للأفراد، دون أن يتعلق الأمر بنزاع معروض أمام القضاء العادي. وإذا كان الطعن الدستوري في حقيقته منصبا على القانون بطريقة مجردة، فلا يجوز أن ننسى أن القانون ما هو إلا أداة لحماية الحقوق والحريات^(٥). ويتجلى أيضا هذا الهدف في الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة بمناسبة نزاع معروض على القضاء العادي لأنه يثير قضية الدستورية بمناسبة الادعاء بأن التشريع المطعون عليه يحول دون حماية الحقوق والحريات التي أعلنها الدستور.

٤٥- (ثالثا): إشباع الحاجات المتطورة للمجتمع

تعتبر هذه الرقابة من الوظائف الفنية القضائية حين ينهض بها قضاة متخصصون قادرون على كفالة الرقابة على القوانين، وهي وظيفة إبداعية أبعد بكثير من الوظائف القضائية التقليدية التي يغلب عليها عنصر التفسير والتطبيق وخدمة القوانين، بل إن تفسير القضاء الدستوري للدستور يتم بمنهج جد مختلف عن منهج تفسير القوانين. ولقد عاب البعض على القضاء الدستوري حريته الواسعة في التقدير في ضوء صياغة النص الدستوري مما يخشى معه أن تحل أحكامه محل نصوص الدستور. وهو قول محل نظر، ذلك أن ما تتصف به بعض النصوص الدستورية من خاصية عدم التحديد يتيح للقضاء الدستوري إشباع الاحتياجات المتطورة للمجتمع الديمقراطي. ولهذا قيل بأنه كلما نقصت صفة التحديد في هذه النصوص اتسعت سلطة المشرع وخضع في ممارستها للرقابة الدستورية، كما أن زيادة العناية بتدقيق صياغة النصوص لتكون محددة في معانيها تؤدي من ناحية أخرى إلى تقليل حرية المشرع وتقييد الرقابة على الدستورية، مما يصيب الدستور بالجمود، وذلك باعتبار أن الرقابة على دستورية القوانين تتيح للقضاء الدستوري فرصة التجاوب مع احتياجات المجتمع المتطورة لكي تكون نصوص الدستور على الدوام عملا حيا لا يتوقف نبضه. ويمكن أن نشير في هذا الصدد إلى دور

R. Llorente, op. cit., p.28.

(١) انظر:

المحكمة العليا الأمريكية في تفسير الدستور الاتحادي الذي مضى عليه قرنان من الزمان والذي تتصف نصوصه بأنها ليست على جانب كبير من التحديد، فقد ذهب الفقه الأمريكي إلى أن هذه الصفة سمحت للدستور الأمريكي بأن يتجاوب مع مجتمع حر متطور، وقال بأنه إذا كانت صفة التحديد تحتل موقع الشرف في القرار الإداري فلإنها تعتبر أمراً قاتلاً إذا لحقت دستوراً يريد أن يعيش^(١). وفي هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا في مصر إن الدستور وثيقة تقدمية لا تترد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغت الإرادة الشعبية انطلاقة إلى تغيير لا يصد عنه التطور آفاقه الرحبة^(٢).

وكان البعض قد انتقد الرقابة الدستورية تأسيساً على أنها تخنق خيال رجال السياسة وتكسر حيوية المشرع، وقال بأن نصوص الدستورية تبدو ميتة إلى أن تأتي السياسة فتبعث فيها الحياة. إلا أن هذا القول لم يصمد للنقد على أساس أن القضاء الدستوري في غمار تفسيره للقواعد الدستورية يبحث عن الحلول الجديدة للمشاكل الاجتماعية، وأنه يصاحب تطور الضمير والسلوك والمصالح الاجتماعية. والقول بأن القضاء الدستوري يصادر خيال رجال السياسة مردود بأن المبادئ الدستورية مملوءة بالرغبة والأمل. ويأتي هذا القضاء لكي يحقق معاشة التطور الاجتماعي^(٣) باسم الدستور وباسم الوعود التي عبر عنها.

٤٦- (رابعاً): تحقيق الاستقرار السياسي والقانوني

تؤدي الرقابة على دستورية القانون إلى حسم النزاع بين الاتجاهات السياسية حول مضمون بعض القوانين، وذلك إذا ما حدثت مواجهة بين الأغلبية والمعارضة حول مسائل مهمة تثار حولها خلاف دستوري، ففي هذه الحالة يكون الالتجاء إلى القضاء الدستوري ضرورياً لحسم هذه المواجهة. وعندئذ تؤدي الرقابة على دستورية القوانين إلى

(١) Favoreu, op. cit., p. 56. أشارا إليه في cappelletti,

(٢) المحكمة الدستورية العليا في ٤ يناير ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية العدد (٤) في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢.

(٣) انظر: Dominique Rousseau, op. cit., p.20.

تجنب الاضطراب التشريعي إذا ما جاءت أغلبية برلمانية جديدة تريد المساس بالقانون، طالما أن القضاء الدستوري قد قال كلمته بشأن مدى مطابقة هذا القانون للدستور^(١). ومن خلال الرقابة الدستورية يمكن ضمان سير السلطات العامة وتقسيم الاختصاصات فيما بينها. وتتجه بعض القوانين إلى تحويل أجهزة الرقابة الدستورية سلطة التحقق من سلامة انتخاب أعضاء البرلمان، كما في فرنسا والمغرب^(٢).

وقد لوحظ أن المجلس الدستوري في فرنسا قد التجأ إلى منهج خاص في التفسير في بعض قراراته كسلاح للتخفيف من الصراعات السياسية، والاتجاه إلى إحداث القوانين بين الأغلبية والمعارضة^(٣).

كما تسهم الرقابة على دستورية القوانين في تحقيق الاستقرار القانوني وحسم المنازعات حول الحقوق والمراكز القانونية التي تنشأ عن طريق القانون. فالقضاء العادي ينظر منازعات تحكمها تشريعات مختلفة بمثابة شبكة معقدة من القوانين. وما لم يوجد قضاء دستوري يربط فروع هذه الشبكة بمصدر واحد هو الدستور، فإن ذلك سوف يخل بوحدة النظام القانوني الذي يقف الدستور على قمته. وهو ما يتجلى في انفراد القضاء الدستوري بتحديد معاني الدستور في مقام الرقابة على الدستورية، فيحافظ بذلك على الاستقرار القانوني القائم على سيادة الدستور. ولهذا نجد أن المحكمة

(١) انظر:

Foureu et Telowicz, le contrôle juridictionnel des lois, collection droit public positif, Economica 1986, p. 42 - 69

وقد لوحظ أن تشكيل القضاء الدستوري في أوروبا الغربية يتضمن تمثيل الطابع الديمقراطي للسلطة السياسية ففي فرنسا يشكل المجلس الدستوري من ٩ أعضاء يختار كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ثلاثة منهم، وفي ألمانيا تتكون المحكمة الدستورية الفيدرالية من ١٦ عضواً يختار كل من البرلمان الاتحادي وبرلمان الولايات ٨ منهم، وفي النمسا تتكون المحكمة الدستورية النمساوية من ١٤ عضواً و ٦ احتياطيين يختارهم رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الحكومة الفيدرالية لثمانية أعضاء والمجلس الوطني لثلاثة أعضاء، والمجلس الفيدرالي لثلاثة أعضاء، وفي إيطاليا تتكون المحكمة الدستورية من ١٥ عضواً يختار كل من رئيس الجمهورية والبرلمان ومجلس القضاء الأعلى ٥ منهم، وفي أسبانيا تتكون المحكمة الدستورية من ١٢ عضواً بناء على اقتراح الكونجرس لأربعة أعضاء. ومجلس الشيوخ لأربعة أعضاء، والحكومة لعضوين، والمجلس العام للقضاء لعضوين.

Nadia Bernoussi, Thèse de doctorat, op. cit., T.I, pp. 27 etc.

(٢)

Alexandre Viala, Les Réserves d'interprétation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, L.G.D.T., Paris, 1999 pp. 155-170.

الدستورية العليا في مصر في مقام تحديد المقصود بالشرعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع قصرت مدلولها على الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودالاتها، ووصفتها بأنها تمثل من الشرعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تخضع لتأويل أو تبديلا، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصبية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها^(١).

فالرقابة على دستورية القوانين لا تنتهي بوضع الدستور على قمة النظام القانوني فحسب، وإنما تعمل على وحدته. فالدستور تنعكس نصوصه على جميع فروع النظام القانوني، مما يسمح تجاوزاً بوجود قانون دستوري جنائي، وقانون دستوري مدني، وقانون دستوري اقتصادي، وقانون دستوري للعمل، وقانون دستوري للوظيفة العامة، وقانون دستوري للأسرة، وقانون دستوري للحياة السياسية، وقانون دستوري للضرائب. إلخ.

وهكذا، فإن النظام القانوني يبدو متعددًا في مصادره وفي وسائله وفي المصالح التي يحميها، وترك هذا التعدد على عواهنه يؤدي إلى الفوضى القانونية^(٢). إلا أن الدستور هو الذي يحول دون هذه الفوضى، حين يضمن خضوع كل فروع النظام القانوني لمبادئ دستورية واحدة. وتأتي الرقابة الدستورية فتكفل وحدة النظام القانوني على يد الدستور، فتسهم بذلك في تحقيق الاستقرار القانوني.

(١) دستورية عليا في ١٥ مايو سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية ٥ يونية ١٩٩٣، العدد (٢٢) تابع).

(٢) انظر:

Dominique Rousseau, op. cit., p.23,24.

الباب الثالث

أشكال الرقابة الدستورية

٤٧- عرض عام لأشكال الرقابة الدستورية

- يبين من استقراء تطور الرقابة الدستورية أنها لا تخرج عن أحد الأشكال الآتية :
- (١) الرقابة التبعية، كما في النموذج الأمريكي^(١). وتكون من خلال الدفع أمام المحكمة ذات الاختصاص بنظر نزاع معين. وتوجد في الولايات المتحدة الأمريكية، وسويسرا، واليونان، والبرتغال. ووجود هذا الشكل من الرقابة الدستورية في دول أخرى غير الولايات المتحدة لا يمنع من أخذها بأشكال أخرى من هذه الرقابة.
- (٢) الرقابة السابقة، كما في فرنسا بحسب الأصل، وفي النمسا وإيطاليا والبرتغال وعدد من دول وسط أوروبا، في حدود معينة. وتتم من خلال الطعن على مشروعات بقواعد قانونية في تشريع أو لائحة أو اتفاقية دولية.
- (٣) الرقابة المجردة، وهي رقابة لاحقة تتم أمام محكمة دستورية (متخصصة) بطريق الدعوى المباشرة. وتعرض فيها المسألة الدستورية بعد صدور القانون دون ارتباط بنزاع حول تطبيق القاعدة القانونية المطعون عليها؛ كما في ألمانيا، والنمسا، وأسبانيا، والبرتغال.
- (٤) الرقابة المحددة، وهي رقابة لاحقة تتم أمام محكمة دستورية (متخصصة) بطريق الدعوى. إلا أن المسألة الدستورية المعروضة عليها ترتبط بنزاع حول تطبيق

(١) انظر بند ٤٠ فيما تقدم.

القاعدة القانونية المطعون عليها . ويعتبر هذا الارتباط شرطا لقبول الدستورية أمام المحكمة . ومثالها في ألمانيا ، وإيطاليا ، والنمسا ، وأسبانيا ، والبرتغال .

(٥) الرقابة المباشرة ، وهي رقابة لاحقة تتم أمام محكمة دستورية (متخصصة) بطريق الدعوى المرفوعة بواسطة أحد الأشخاص . إلا أن المسألة الدستورية المعروضة عليها ترتبط بادعاء حدوث ضرر بأحد الحقوق الأساسية (أى التى يحميها الدستور) للشخص رافع الدعوى . وترد هذه الرقابة على أى عمل من أعمال السلطة العامة سواء كانت هى السلطة التشريعية (القواعد القانونية التشريعية) ، أو التنفيذية (القواعد القانونية اللائحية) ، أو القضائية (الأحكام) . وذلك فى الحدود التى ينص عليها الدستور أو القانون فى الدولة الآخذة بهذا الشكل من الرقابة .

ويلاحظ أن هذه الأشكال على اختلافها ترتد إلى نظامين :

أ - رقابة سابقة على إصدار القاعدة القانونية محل الطعن - وينفرد بها الشكل الثانى من الرقابة .

ب - رقابة لاحقة على إصدار القاعدة القانونية محل الطعن - وتندرج تحتها سائر أشكال الرقابة ، (الأول ومن الثالث إلى الخامس) . وفيما يلى ندرس هذين النظامين .

الفصل الأول

نظام الرقابة الدستورية السابقة

٤٨- تطور نظام الرقابة السابقة:

الرقابة السابقة هي رقابة وقائية "Préventif" وتسمى بذلك لأنها تتم في مرحلة إنشاء القاعدة القانونية، أى قبل إصدارها وقبل تطبيقها بطبيعة الحال.

ويتجلى نموذجها في المجلس الدستورى الفرنسى . وقد أنشئ بوجه خاص حتى يلتزم البرلمان بأن يزاوِل اختصاصه وفقا للدستور. وقد استقر الأمر على تفضيل استخدام لفظ (المجلس الدستورى)، للإشارة إلى الهيئة المختصة بالرقابة حتى لا يخضع البرلمان لرقابة المحكمة. ويعتبر المجلس الدستورى جهازا سياسيا يارس وظيفة قضائية^(١) (Une fonction juridictionnelle)، هي بحسب الأصل، التحقق من دستورية القرارات الصادرة من البرلمان.

وقد عبر كاريه دى مالبرج^(٢) Carré de Malberg - وهو من أنصار الدولة الشرعية - عن أساس الرقابة السابقة فى قوله؛ بأنه يجب على المشرع عند وضع التشريعات أن يبحث ما إذا كان التشريع مطابقا للدستور وأن يحسم كل الصعوبات التى تشور فى هذا الشأن، فإذا ما أقر المشرع تشريعا، فإن واقعة إقراره تجعل التشريع فوق أى جدل يتعلق بدستوريته. وعلى ذلك، فلا يجوز لأية سلطة، ولا يجوز لأى قاض بوجه خاص، أن يعيد بحث مدى مطابقة التشريع للدستور. فالبرلمان هو

(١) François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Economica, 20 édition refondue, Tome I, (١) 1997.

(٢) انظر: Raymond Carre, De Malberg, La loi expression de la volonté générale, Paris 1933 (rééd. Economica, Paris, 1984, p.131).

صاحب السيادة في هذا القانون . وكل ما يمكن قوله بعد ذلك هو أن تفسير الدستور يملكه البرلمان ، لأنه يمارس سلطات السيادة ، وبها يصبح هو القاضى فى دستورية تشريعاته . وكنتيجة لذلك ، فليس للمحاكم أن تفسر الدستور ، وليس لها على الأقل أية سلطة تجاه المشرع . وعلى القاضى أن يطبق التشريع وليس له أن يرتفع إلى ما هو أعلى منه وهو الدستور ، لأن مهمته تنتهى عند تطبيق التشريع وحده . وقد بينا أن هذا الفكر المستمد من نظرية الدولة الشرعية ، قد انتهى فى ضوء نظرية الدولة القانونية ^(١) .

وتأثرا بهذا الفكر نودى فى فرنسا بالرقابة السياسية على دستورية القوانين دون الرقابة القضائية ^(٢) ، فنص دستور السنة الثانية للثورة (١٥ / ١٢ / ١٧٩٩) على إسناد مهمة الرقابة إلى مجلس الشيوخ ، على أن تكون هذه الرقابة سابقة على إصدار القوانين . وقد عجز هذا المجلس عن مباشرة اختصاصه بفاعلية فتحول إلى أداة فى يد نابليون يسيره وفق مشيئته . وساهم فى هذا العجز أن مجلس الشيوخ كان لا يراقب إلا القوانين التى تحال إليه بواسطة الحكومة أو من هيئة التريونات «Tribunat» (إحدى الجمعيات المنشأة بدستور السنة الثامنة وألغيت سنة ١٨٠٧) ، ولم يجرؤ هذا المجلس على الحكم بعدم دستورية أحد القوانين ، وظهر هذا النظام مرة أخرى فى دستور ١٤ يناير سنة ١٨٥٢ الذى نصت مقدمته على أن مجلس الشيوخ هو حارس العهد الأساسى والحريات العامة . وشابته نفس الملاحظات الواردة على المجلس الأول ، مما أدى إلى عدم التفكير فيه مرة أخرى بعد سنة ١٨٥٢ تاريخ إلغاء الدستور . إلى أن وضع دستور سنة ١٩٤٦ فظهرت الفكرة مرة أخرى تحت اسم اللجنة الدستورية «Comité Constitutionnel» ، مع تقييدها بعدم التدخل لبحث دستورية القوانين إلا بتوافر شروط وتطبيق إجراءات معينة تتمثل أساسا فى توجيه طلب إليها من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية بموافقة الأغلبية المطلقة لهذا المجلس ، وذلك قبل صدور القانون ، وبشرط ألا يتعلق إلا بالفصول العشرة الأولى الخاصة بتنظيم السلطات العمومية فى الدولة ، فضلا عن طغيان الجانب السياسى عليها . وجاء دستور سنة ١٩٥٨ فسار على نفس المنهج من حيث الرقابة السابقة ، فأنشأ هيئة تسمى المجلس

(١) انظر ما تقدم بند ٤٣ ص ١٢٥ .

(٢) انظر فى تطور فكرة الرقابة السياسية : F. Luchaire, Le conseil constitutionnel, Economica, 1980, pp.518

الدستورى «Conseil Constitutionnel» وعلى الرغم من التشكيل السياسى لهذه الهيئة ، فكما سنبين فيما بعد ، فقد أصبحت تمارس وظيفة قضائية^(١).

ومن حيث الرقابة السابقة (الوقائية) التى يمارسها المجلس الدستورى فإنها وجوبية فيما يتعلق بالقوانين العضوية Lois organiques ، واللوائح الصادرة من البرلمان . وعدا هاتين الحالتين ، تكون اختيارية ، إذا ما دعى المجلس الدستورى للنظر فى دستورية مشروعات القوانين أو أحد الاتفاقيات الدولية ، وذلك وفقا للإجراءات التى ينص عليها الدستور^(٢).

وقد أخذت بعض الدول بالرقابة السابقة - بجانب الرقابة اللاحقة - فى حدود معينة . ففي النمسا ، نص الدستور الاتحادى (المادة ١٣٨ / ٢) على أنه بناء على طلب الحكومة الاتحادية أو حكومة أحد الأقاليم ، تعلن المحكمة الدستورية ما إذا كان أى عمل محدد مما تبشره الحكومة الاتحادية أو المحلية يتعلق بتوزيع الاختصاصات فيما بينها ، يتفق مع الدستور أم لا . ويستوى فى ذلك أن يكون هذا العمل من مشروعات القوانين أو مشروعات اللوائح . وينحصر دور المحكمة الدستورية فى تحديد ما إذا كان مشروع القانون أو مشروع اللائحة المعروضة عليها ، يدخل فى اختصاص الحكومة الاتحادية أو الحكومة المحلية Länder . وفى هذا النطاق ، فإن المحكمة الدستورية لا تملك بحث ما إذا كانت القاعدة المحالة إليه تطابق الدستور أم لا^(٣).

Luchaire, op. cit., pp.52-56.

(١) انظر :

(٢) تمارس الرقابة السابقة بناء على طلب رئيس الجمهورية بحكم رعايته لاحتزام الدستور ، والوزير الأول (رئيس الحكومة) ورئيس الجمعية الوطنية ، ورئيس مجلس الشيوخ . ويجوز لأى من هؤلاء أن يقدم طلبا إلى المجلس الدستورى للنظر فى مدى دستورية اتفاقية دولية (طبقا للمادة ٥٤ من الدستور) ، أو تشريع وافق عليه البرلمان ولم يتم إصداره (طبقا للمادة ٦١ من الدستور) .

ويجوز لرئيس الحكومة أو لرئيس الجمعية الوطنية إذا ما قدم تعديل أو اقتراح بقانون ، وحدث خلاف فى رأى بين الاثنين حول مدى اختصاص المشرع به ، أن يطلب أى منهما من المجلس الدستورى النظر فى الأمر وفقا للدستور ، ويجوز لستين نائبا فى الجمعية الوطنية أو فى مجلس الشيوخ ، أن يطلبوا من المجلس الدستورى بحث مدى دستورية النصوص التشريعية التى أقرها البرلمان قبل إصدارها .

ويجوز للوزير الأول وحده أن يطلب من المجلس الدستورى بحث ما إذا كان نص تشريعى تم صدوره فعلا مدخل فى اختصاص السلطة اللاحقة (المادة ٣٧ / ٢ من الدستور) .

انظر : Conseil constitutionnel Français, Annuaire International de la Justice constitutionnelle Economica, 1987, p.141, 142.

(٣) Ulrike Steinhörst; Cours constitutionnelle Autrichienne; Annuaire International de la Justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.60.

وفي إيطاليا، فإن المحكمة الدستورية تباشر رقابتها الوقائية طبقاً للمادة ١٢٧ من الدستور، حين تطلب الحكومة الإيطالية من هذه المحكمة بحث مدى الشرعية الدستورية للتشريعات التي تصدرها المجالس الإقليمية أو مدى ملاءمتها في حل التنازع بين المصالح، وذلك في حالة اعتراض الحكومة على هذه التشريعات وتصميم المجلس الإقليمي على هذه التشريعات رغم اعتراض الحكومة.

وفي البرتغال، طبقاً لدستورها (المادة ٢٧٨) يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المحكمة الدستورية تقدير مدى دستورية القواعد، التي تتضمنها المعاهدات الدولية المعروضة عليه؛ للتصديق عليها، وكذلك الشأن بالنسبة إلى القواعد التي تصدر من خلال التشريع أو المرسوم بقانون، وكذلك الشأن بالنسبة إلى أى اتفاق دولي يعرض للتوقيع عليه. كما يجوز بالنسبة للقوانين الأساسية أن يطلب رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو خمس أعضاء البرلمان "Assemblée de la Republique" من المحكمة الدستورية بحث مدى دستوريته قبل إصدارها، كما يجوز للوزراء أيضاً أن يطلبوا من المحكمة الدستورية بحث مدى دستورية القواعد الواردة في المراسيم بقانون الإقليمية، والمراسيم التي تصدر لوائح تسرى على الجمهورية، والتي تعرض عليهم لتوثيقها^(١).

وقد اتجه عدد من دول وسط أوروبا التي أخذت بالرقابة اللاحقة إلى أن تأخذ أيضاً بالرقابة السابقة في حدود معينة. ففي بلغاريا تختص المحكمة الدستورية (دستور ١٩٩١) بالرقابة السابقة على الاتفاقيات الدولية قبل التصديق عليها^(٢). وأقرت المجر (سنة ١٩٨٩) الرقابة السابقة على الاتفاقيات الدولية قبل التصديق عليها، وكذا مشروعات القوانين (بصفة اختيارية) ولائحة الجمعية الوطنية^(٣). وأقرت رومانيا (١٩٩٢) الرقابة السابقة على مشروعات القوانين بعد إقرارها من دائرتي البرلمان^(٤). وفي بولندا، أجاز القانون الصادر في أول أغسطس سنة ١٩٩٧ بشأن المحكمة الدستورية لرئيس الجمهورية أن يطلب من المحكمة الدستورية مراقبة دستورية القانون قبل

(١) Louis de Alemida; Le tribunal constitutionnel Portugais; Annuaire Internationale, Eco-nomica, 1987, p.198,

(٢) T. Karagiozova - Finkova, La justice constitutionnelle en Bulgarie, La justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.19.

(٣) Tröcsanyi, la justice constitutionnelle en Hongrie, la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.66.

(٤) Vasilescu, la justice constitutionnelle en Roumanie, la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.126.

توثيقه وكذا الاتفاقية الدولية قبل التصديق عليها (المادة ٢/٢)(١).

٤٩- الوظيفة القضائية للمجلس الدستوري الفرنسي

أنشئ المجلس الدستوري في فرنسا طبقا لدستور ١٩٥٨ بهدف مراقبة أعمال البرلمان، إلا أن الأعمال التحضيرية لنصوص الدستور وقرارات هذا المجلس أفصحت عن أن الهدف كان يرمى إلى كفالة الحماية الفعالة للحقوق والحريات. وقد تجلّى هذا التطور في أن المجلس الدستوري أفصح في قراره الصادر في ٦ نوفمبر سنة ١٩٦٢ (٢) أنه ليس إلا جهازا منظما لنشاط السلطات العامة، ثم تطور قضاؤه في ضوء التعديل الدستوري الصادر في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٧٤، فامتد إلى حماية الحقوق والحريات (٣).

وتتصف وظيفة هذا المجلس بالطابع القضائي "Juridictionnelle"، فيعتبر جهة من ذات اختصاص قضائي، مما يسمح باعتبار قراره حكما "Jugement"، وقد لوحظ أن لائحة المجلس في مسائل الانتخابات التشريعية قد عبرت عن قراره بأنه حكم (المادة ١٤)، كما أن المجلس اعتبر أن قراراته تحوز حجية الأمر المقضي ورفض أى طلب يمس هذه الحجية، وأكد صراحة أن دوره له طابع قضائي (٤). ومع ذلك ذهب البعض إلى أن هذا المجلس هو جهاز سياسى قانونى "Organe politico - Juridique"، مما يترتب عليه أنه يجب أن يفصل في الموضوع من وجهتي النظر القانونية والملاءمة السياسية (٥). وذهب البعض الآخر إلى أنه جهة ذات طابع خاص "Sui générís" تساهم في السياسة بقدر مساهمتها في القانون، ولكنه ليس جهة قضائية (٦). وذهب البعض الآخر إلى أنه جهاز سياسى سواء في تشكيله أو في وظيفته (٧).

(١)- Garlicki, la justice constitutionnelle en Pologne, la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.118.

(٢) Décision No. 62 - 20 Dc du 6 Novembre 1962, Recueil jur. constit., p.11.

(٣) François Luchaire, le conseil constitutionnel, Tome I, op. cit., pp.21,31.

(٤) انظر: F. Luchaire, Le conseil constitutionnel est-il une juridiction Revue de droit public, 1979 p19.

(٥) نادى بذلك Paul Coste Floret الوزير السابق في مداولات اللجنة الاستشارية الدستورية لدستور ١٩٥٨. انظر: Luchaire, op. cit., p.49.

(٦) نادى بذلك Chatenet وزير الداخلية السابق والعضو السابق بالمجلس الدستوري في ندوة عقدت بمدينة إكس آن بروفانس سنة ١٩٧٧. انظر: Lu chaier, op. cit., p.49.

(٧) نادى بذلك Chenot الوزير السابق ونائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي السابق والعضو السابق بالمجلس الدستوري في ندوة إكس آن بروفانس. Luchaire; p.50.

على أنه لوحظ بأن الادعاء بالطابع السياسى لوظيفة المجلس الدستورى ، يصطدم بالمبادئ الأساسية للقانون الدستورى سواء من حيث الديمقراطية أو من حيث المسؤولية السياسية . فمن حيث الديمقراطية ، فإن الانتخاب العام وحده هو مصدر السلطة ، كما عبر عن ذلك دستور ١٩٥٨ باعتبار أن السيادة الوطنية يملكها الشعب ويارسها بواسطة ممثليه وبواسطة الاستفتاء (المادة ٣ من الدستور) ، بينما لا يعتبر أعضاء المجلس الدستورى ممثلين للشعب ، كما أنهم ليسوا منتخبين ، مما لا يجوز معه القول بأن المجلس يارس سلطة سياسية . ومن حيث المسؤولية السياسية ، فإن كل سلطة سياسية تتحمل المسؤولية ؛ فالحكومة مسئولة أمام البرلمان ، والبرلمان يمكن حله بواسطة رئيس الجمهورية ، ومسئولية رئيس الجمهورية (وفقا للدستور الفرنسى) تنعقد مباشرة إما بواسطة الاستفتاء أو عند إعادة انتخابه ، أو تنعقد بطريق غير مباشر من خلال طلب سحب الثقة من الحكومة أو انتخاب الجمعية الوطنية . هذا بينما لا يعتبر أعضاء المجلس الدستورى مسئولين أمام أى شخص من الأشخاص فهم غير قابلين للعزل ويمكنهم استمرار الأعضاء الدائمين منهم فى مواقعهم حتى الموت .

وواقع الأمر إلى أن المجلس الدستورى يأخذ موقعه مع إجراءات إصدار القانون فيسهم فى هذه العملية برقابته قبل الإصدار ، وهو على هذا النحو يارس رقابة مؤسسية "contrôle institutionnel" لا رقابة قضائية ، وذلك باعتبار أن دوره - فى معظم نشاطاته - يتم نحو إصدار التشريع وقبل تمام هذا الإصدار ، ويارس اختصاصه فى غير خصومة procès (عدا الطعون الانتخابية) .

وقيل فى اختتام هذا الجدل حول طبيعة المجلس الدستورى الفرنسى إن القائلين بطبيعته السياسية يعتمدون فى فكرهم على معيار ضيق لمفهوم جهة القضاء juridiction ويجهلون التصور الحديث لوظيفة المجلس الدستورى ، ولا يعتمدون فى تحليلهم على معرفة جيدة بالقانون المقارن وأضاف هذا القائل أن المجلس الدستورى الفرنسى قد دخل مع بعض الخصوصية فى طائفة المحاكم الدستورية الأوروبية ، سواء من حيث التشكيل أو من حيث الإجراءات^(١) .

Henry Roussillon, Le conseil constitutionnel, 3e édition (connaissance juridique - Droit (١) public) Dalloz, 1996, pp. 6 et 7.

وواقع الأمر أن اعتبار المجلس الدستوري جهة ذات اختصاص قضائي لا يعنى أنه هيئة قضائية عادية، إذ يتميز عنها من حيث طبيعة الأعمال التي يراقبها. فهو من ناحية يعتبر قاضى التشريع "Juge de la loi" قبل إصداره. ويمتد اختصاصه^(١) إلى التشريع بعد إصداره عندما يمارس الرقابة السابقة على مشروع قانون جديد يعدل في قانون سابق أو يكمله أو يعدل في نطاق تطبيقه ففي هذه الحالة يتصدى المجلس الدستوري لبحث مدى دستورية التشريع الذى يعدله القانون المطعون عليه قبل إصداره. وهو من ناحية أخرى قاضى الانتخابات. وهو ما يميزه عن جهات القضاء الأخرى لأن اختصاصه يرد على أعمال تعبر عن إرادة الشعب^(٢).

٥٠- تقدير الرقابة السابقة

وتتميز الرقابة السابقة بأنها رقابة مجردة، لا تتعلق بنزاع معين معروض على القضاء العادى.

لاشك أن الرقابة السابقة على دستورية القوانين - فى حدود معينة - تحقق نوعاً من الاستقرار الدستوري فى البلاد. فهي رقابة وقائية تضمن قيام القوانين على أسس دستورية مع تفادى مفاجآت التطبيق العملى التى قد تصيب قوانين أساسية تمس الحقوق السياسية أو نظام الحكم.

على أن الرقابة اللاحقة تتميز عن هذه الرقابة بأنها تكشف العيوب الدستورية التى تكشف عنها تطبيق النص عندما يرى نور الحياة، بخلاف الرقابة السابقة. كما أنه يلاحق بالرقابة التشريعات السابقة على الدستور والتي تتنافى مع إرادة المشرع الدستوري، إذا ما نكل المشرع العادى عن تعديل هذه التشريعات بما يتفق مع الدستور. فضلاً عن أنه فى حالة الرقابة السابقة - الاختيارية - تضطر المحاكم إلى تطبيق قوانين مخالفة للدستور بسبب عدم مباشرة هذه الرقابة قبل إصدار القانون.

Décision No. 85 - 187 Dc du Janvier 1985, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.223. (١)

Lucaire, op. cit., p.54. (٢)

٥١- الاتجاه نحو الأخذ بالرقابة اللاحقة في فرنسا

وفي ضوء هذا النقد تقدم رئيس الجمهورية الفرنسية في الدورة الثانية العادية (١٩٨٩-١٩٩٠) بناء على اقتراح الحكومة، بمشروع قانون دستوري يورد تعديلا على المواد ٦١ و ٦٢ و ٦٣ من الدستور الفرنسي بما يؤدي إلى استحداث الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، بالإضافة إلى الرقابة السابقة. كما تقدمت الحكومة في الوقت نفسه بمشروع قانون أساسي يعدل الأمر الصادر في ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٨ بإصدار القانون الأساسي الخاص بالمجلس الدستوري. ويقضى التعديل الدستوري المقترح بتحويل المجلس الدستوري سلطة مراقبة دستورية التشريعات بناء على إحالتها إليه من المحكمة العادية، بما يدخل على النظام الفرنسي رقابة دستورية لاحقة على تطبيق القانون يحركها أحد الأفراد من خلال الدفع أمام المحكمة العادية بمناسبة طرح دعواه أمامها، وإذا قرر المجلس عدم دستورية النص، توقف العمل به. وتحال المسألة الدستورية إلى المجلس الدستوري، إما من مجلس الدولة أو من محكمة النقض أو من أى محكمة لا تخضع إلى أى من هاتين الجهتين. ويتقيد الدفع بعدم الدستورية الذى يثير قضية الرقابة الدستورية اللاحقة أمام المجلس الدستوري بأن يتعلق بالنصوص الخاصة بالحقوق الأساسية. وطبقا لهذا الاقتراح، فإن المجلس الدستوري لا تدخل الدعوى الدستورية في حوزته مباشرة، وإنما يجب أن يتم ذلك بمناسبة إثارة المسألة الدستورية أمام إحدى المحاكم المشار إليها، ويجوز قرار المجلس الدستوري حجية مطلقة حول المسألة الدستورية بما لا يسمح بالمنازعة فيها من جديد، ويعمل به اعتبارا من تاريخ نشره ما لم يقرر المجلس رجعية أثره، وذلك بالنسبة للتشريعات السابقة على دستوري ١٩٤٦ و ١٩٥٨ باعتبار أن هذه التشريعات تعتبر ملغاه بقوة هذين الدستوريين. وقد وافقت الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ على هذا التعديل في القراءتين الأولى والثانية بعد إجراء بعض التعديلات. إلا أن اللجنة الاستشارية لتعديل الدستور قدمت اقتراحا مقتضاه، أنه يترتب على قرار المجلس الدستوري بعدم الدستورية مجرد إلغاء النص المطعون عليه دون إبطاله بأثر رجعى، مع عدم جواز تطبيق هذا النص على الدعوى المنظورة أمام المحكمة العادية والتي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية. هذا مع عدم جواز ممارسة هذه الرقابة على القوانين السابقة على إصدار التعديل الدستوري

إلا بعد سنتين من هذا الإصدار. وإذا عرض هذا الاقتراح على الحكومة لم توافق عليه حكومة بالادير، ثم تقدمت الهيئة البرلمانية الاشتراكية بالجمعية الوطنية بتعديل على اقتراح اللجنة الاستشارية لم يلق التأييد، ثم أعلن وزير العدل أنه يجب بحث الفلسفة القانونية التي منعت إعادة النظر في القواعد القانونية التي تم إصدارها بعد تطبيقها. ومن ثم، تم إرجاء بحث التعديل الدستوري الذي استهدف الأخذ بالرقابة اللاحقة بالإضافة إلى الرقابة السابقة^(١).

Luchaire, op. cit., pp.191-212.

(١)

الفصل الثانى

نظام الرقابة الدستورية اللاحقة

٥٢-تمهيد

تنصب هذه الرقابة على القاعدة القانونية بعد صدورها طبقا للدستور. وفي هذا الصدد تختلف نظم القضاء الدستورى حول أشكال هذه الرقابة ، ولكنها تتحد فيما بينها فى رسالة واحدة هى الرقابة على دستورية القانون . وفيما يلى نعرض لأشكال الرقابة الدستورية التى تندرج تحت هذا النوع من الرقابة .

المبحث الأول الرقابة التبعية (النموذج الأمريكى)

٥٣- ماهيتها

تحدد الرقابة الدستورية التبعية - المطبقة أصلاً في الولايات المتحدة الأمريكية - من خلال طعن قضائى عادى أمام إحدى المحاكم ، يثار فيه دفع بعدم دستورية القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها . ولهذا أطلق عليها البعض الطعن القضائى "Judicial review" إشارة إلى أن هذه الرقابة تابعة لهذا الطعن . وتعتبر من أهم ملامح القانون الدستورى في الولايات المتحدة الأمريكية . ومن خلال هذا الطعن تملك المحاكم أن تنظر في مدى دستورية التشريعات الاتحادية وتشريعات الولايات وغيرها من الأعمال التى يختص الكونجرس الأمريكى باتخاذها . وتكون الكلمة الأخيرة في المسألة الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية . فالرقابة الدستورية الأمريكية رقابة غير مركزية تباشرها المحاكم العادية تحت رقابة المحكمة الاتحادية العليا .

وقد ظهر هذا الطعن لأول مرة في قضية "Marbury V. Madeson" حيث قررت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية أن أحد التشريعات الصادرة من الكونجرس لا تتفق مع الدستور . وقد أوضح القاضى مارشال رئيس المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية أن القضاة يملكون تفسير كل من الدستور والتشريع ، فإذا وجدوا خلافاً بينهما وجب تفضيل الدستور على التشريع ، لأن في ذلك تفضيل لإرادة الشعب على إرادة نوابه^(١) . وقد استقرت أحكام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية على هذا المبدأ ، وبمقتضاه

(١) انظر الحكم الصادر في قضية 1 Cr. (5 U.S.) 137 (1803) . مشار إليه في المؤلف الذى أصدره مجلس الشيوخ الأمريكى تحت عنوان :

The constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation, Annotations of cases by the supreme court of the United States to June 29, 1992, Washington 1996, p.701.

اختصت بتفسير كل من الدستور والتشريع^(١). وباستقراء أحكام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، يبين أنها قد استندت إلى عدة معايير في ممارسة رقابتها الدستورية؛ تتمثل إما في الحرص على التحقق من عدم مطابقة التشريع للدستور^(٢)، إذا ما اقتضت الضرورة ذلك بكل دقة^(٣)، أو أن يكون واضح التشريع قد ارتكب خطأ واضحاً فيما يتعلق بتطبيق الدستور^(٤). وأحياناً اقتضت المحكمة على بحث مدى دستورية التشريع دون بحث دوافعه أو سياسته أو حكمته، أو مدى توافقه مع العدالة الطبيعية، أو المبادئ الرئيسية لنظام الحكم، أو روح الدستور^(٥)؛ وأحياناً أخرى اعتمدت على قرينة الدستورية في التشريع^(٦).

وتتميز هذه الرقابة الدستورية بأنها محددة وتابعة. فهي محددة لتعلقها بنزاع معين معروض أمام المحكمة، وهي تابعة لأنها لا تثار إلا تبعاً لمسألة موضوعية معروضة عليها. ويشترط لذلك أن تتمثل هذه المسألة الموضوعية في نزاع حول إثبات ضرر بسبب انتهاك حق قانوني من الحقوق التي أنشأها الدستور أو القانون، أو من حقوق القانون العام الأنجلو سكسوني Commom law^(٧).

وقد ظل شكل الطعن القضائي Judicial review طوال القرن التاسع عشر تقريباً هو النظام الوحيد في العالم للحماية القضائية للدستور. وقد امتد تطبيق هذا النظام إلى المستعمرات البريطانية الناطقة باللغة الإنجليزية وإلى إيرلندا. إلا أنه في بريطانيا لم يطبق هذا النظام لعدة خاصة بها؛ هي عدم وجود دستور مكتوب، مما سمح للمحاكم - من الناحية العملية - إلى تحديد المقصود بقواعد الدستور لا تفسيرها. وقد امتد تأثير الولايات المتحدة إلى اليابان عقب الحرب العالمية الثانية، مما

(١) أشار الفقه الأمريكي إلى أن المحكمة العليا الأمريكية استعانت في تفسير الدساتير بأسانيد تاريخية، أو مستمدة من النص، أو من الفقه، أو الأخلاق، أو الحرص، أو العلاقة بين التشريع والدستور. انظر المرجع السابق ص ٧٠٥ و ٧٠٦.

(٢) Prudential constitutionns.
(٣) Strict necessity.
(٤) Clear Mistake.
(٥) Eclusion of Extra - constitutionality.
(٦) Presumption of constitutionality.
(٧) The constitution of the United States.

المرجع السابق ص ٦٦٨.

دفع المحاكم اليابانية إلى أن تلعب دورا محسوسا في تفسير وحماية الدستور تحت شكل الطعن القضائي، مع بعض الملامح الخاصة بالثقافة القانونية اليابانية^(١). ومن ناحية أخرى، فقد وجد هذا النموذج من الرقابة الدستورية تطبيقا في معظم دساتير أمريكا اللاتينية في القرنين التاسع عشر والعشرين. وعلى العكس من ذلك، لم يعرف هذا النموذج في أوروبا في القرن التاسع عشر، إلى أن ظهرت بعض ملامحه في الدول الاسكندنافية (النرويج، الدانمرك، أيسلندا، ثم السويد)، ثم في هولندا^(٢) وسويسرا واليونان^(٣). على أن هذه الدول أخذت أيضا وفي ذات الوقت ببعض الأشكال الأخرى للرقابة الدستورية. وقد كانت مصر - قبل إنشاء المحكمة العليا ثم المحكمة الدستورية العليا وفقا لدستور ١٩٧١ - تأخذ بالنموذج الأمريكي في الرقابة على دستورية القوانين.

٥٤- أثرها

يتمثل هذا الشكل من الرقابة الدستورية في رقابة غير مركزية، ولا تضمن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة في المسائل الدستورية، فهي حجية قاصرة على أطراف الدعوى، فليست لها صفة مطلقة. إلا أن احترام السوابق القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية تخفف من حدة الحجية النسبية للأحكام. ومن ناحية أخرى، فإن هذا الشكل من الرقابة الدستورية لا يكفل استقرار المبادئ الدستورية، لأن من سلطة

(١) Garlick et Zakrzewski; La protection juridictionnelle de la constitution dans le monde contemporain, op. cit., p.21.

(٢) انظر:

C.M. Zoethout, Reflection on constitutionalism in the Netherlands (Carlo M. Zoethout and others, Control in constitutional law, Martinus Nijhoff publishers, London, pp. 153 - 162).

(٣) Alexander von Brunneck, Le contre de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1988, p.21.

Flogatis; Judicial Review of legislative Acts in Greece (Carlo M. Zoethout and others; pp. 145 - 151).

المحكمة العليا العدول عن مبادئها^(١). على أن هذا الشكل من الرقابة الدستورية يتميز بأنه يتيح للأفراد إثارة المسألة الدستورية مباشرة أمام المحاكم من خلال النزاع الموضوعي المعروض أمامها، مما يكفل الحماية القضائية لحقوقهم وحرياتهم دون حاجة لإجراءات خاصة قد تحول دون تحقيق منازعتهم الدستورية. ومع ذلك يعيب هذا النظام افتقاره إلى التخصص والانفراد الذي يعطى للمحكمة الدستورية كل الإمكانيات للتفرغ للرقابة الدستورية، بالإضافة إلى أن حجية الأحكام الصادرة بناء على هذه الرقابة ليست مطلقة في مواجهة الكافة.

(١) أشار المؤلف الذي وضعه مجلس الشيوخ الأمريكى، والذي أحلنا إليه فيما تقدم إلى عديد من السوابق في هذا المعنى، المرجع السابق ص ٢٢٤٥ وما بعدها.
وانظر في هذا المعنى عدول المحكمة العليا سنة ١٩٣٧ عن المعيار الذي وضعت في قضية Adkins.
(Gerald Gunther, p.28).

المبحث الثاني الرقابة المجردة

٥٥- ماهيتها

الرقابة المجردة "Abstrait" هي أحد أشكال الرقابة اللاحقة التي يمارسها القضاء الدستوري المتخصص (المحكمة الدستورية)، وتتميز بأنها لا تكون بمناسبة تطبيق المحكمة العادية للقاعدة التشريعية المطعون في دستورها. ولهذا تتم هذه الرقابة بعيداً عن شرط المصلحة في الدعوى. والمثال التقليدي لهذه الرقابة نجده في القانون الألماني^(١)، حيث يفتح باب الطعن سعيًا وراء هذه الرقابة، لكل من الحكومة الألمانية الاتحادية وحكومات المقاطعات الألمانية، وثلاث أعضاء البوندستاج (البرلمان الألماني الاتحادي). وكل ما يشترط لقبول الطعن هو وجود اختلاف في الآراء حول التطبيق العملي للقاعدة القانونية المطعون عليها سواء كانت تشريعية أو لائحة، ولا يكفي لذلك مجرد الاختلاف في وجهات النظر السياسية. وقد أخذت بها أيضا بعض الدول الأوروبية مثل النمسا وأسبانيا، والبرتغال، وإيطاليا.

ومن هنا، لا يقتصر اختصاص المحكمة الدستورية على بحث المسألة الدستورية بالنظر إلى تعلقها بنزاع محدد بين خصمين معروض على القضاء، وإنما يمتد إلى بحث جميع النتائج المتوقعة من وراء النصوص التشريعية المطعون عليها بعدم الدستورية. وبذلك تكون الفروض والتصورات أمامها حول تطبيق هذه النصوص أكثر اتساعاً، لأن المعروض أمام المحكمة هو الصحة العامة للنصوص التشريعية لا صحتها بمناسبة تطبيقها على حالة محددة.

(١) Klaus Schlaich, Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, Tribunal Constitutionnel Federal Allemand fondamentaux, Economica, p.119.

وانظر تقرير رئيس المحكمة الدستورية الألمانية Wolfgang Zeidler المقدم إلى المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية الأوروبية المنعقد في لشبونة (٢٦ - ٣٠ إبريل سنة ١٩٨٧).

Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.38.

ويجوز للمحكمة أن تصدر قرارها في الدعوى ولو تنازل عنها رافعها .
والواضح أن الرقابة المجردة تأتي بحسب الأصل بمبادرة من إحدى الجهات العامة
أو إحدى المنظمات الاجتماعية المعنية .

ومن تطبيقات هذا الشكل من الرقابة ، نجد أن المحكمة الدستورية في النمسا
تختص طبقاً للمادة ١٣٩ / ١ من الدستور النمساوي بالنظر في دستورية اللوائح الصادرة
من هيئات الأقاليم بناء على طلب الحكومة الاتحادية ، أو في دستورية لوائح هيئة
فيدرالية بناء على طلب حكومة محلية (تتعلق بإقليم معين) . كما تختص المحكمة
الدستورية طبقاً للمادة ١٤٠ / ١ من الدستور النمساوي بالنظر في دستورية تشريع
إقليمي بناء على طلب الحكومة الفيدرالية ، وبالنظر في دستورية تشريع فيدرالي بناء على
طلب حكومة أحد الأقاليم ، وكذلك أيضاً بناء على طلب ثلث أعضاء المجلس الوطني
أو المجلس الفيدرالي^(١) .

وفي أسبانيا أجاز الدستور في المادة ١٦٢ / أ لبعض الجهات التي حددها (رئيس
الحكومة أو محامي الشعب "Defensor del pueblo" أو خمسون من أعضاء مجلس
الشيوخ ، والأجهزة التنفيذية للمجتمعات المستقلة ، أو جمعيات هذه المجتمعات) رفع
الدعوى مباشرة إلى المحكمة الدستورية سعياً وراء رقابة مجردة على دستورية قواعد لها
قوة القانون^(٢) .

وفي البرتغال أجاز الدستور في المادة ٢٨١ / ٢ لجهات سياسية (رئيس الجمهورية ،
ورئيس البرلمان ، ورئيس الوزراء ، والأمبودسمان "le Provedor de Justico" ، والنائب
العام ، وعشر أعضاء البرلمان ، والوزراء ، ورؤساء الجمعيات التشريعية الإقليمية إذا ما
بنى طلب إعلان عدم الدستورية على مخالفة حقوق الأقاليم المستقلة ، أما إذا بنى طلب
إعلان عدم الشرعية على النظام الأساسي أو التشريع العام للجمهورية رفع الدعوى
مباشرة أمام المحكمة الدستورية للنظر في دستورية قاعدة قانونية^(٣) .

وقد ثار البحث حول ميعاد رفع الدعوى من أجل الرقابة المجردة . ولا شك في أن
الأمن القانوني هو أحد المبادئ الحاكمة في أي نظام قانوني . وقد أخذت بعض القوانين
بمبدأ تحديد ميعاد قصير لرفع هذه الدعوى (٣ شهور طبقاً للمادة ٣٣ من قانون
المحكمة الدستورية ، ٦٠ يوماً طبقاً للمادة ١٥١ من الدستور التونسي لسنة ١٩٨٢

(١) انظر التقرير النمساوي في المؤتمر المشار إليه عاليه ، المرجع السابق ص ٦١ .

(٢) انظر التقرير الأسباني في المؤتمر المشار إليه عاليه ، المرجع السابق ص ٨٨ .

(٣) انظر التقرير البرتغالي في المؤتمر المشار إليه عاليه ، المرجع السابق ص ١٩٩ .

المعدل في سنة ١٩٩٥) وأخذت بعض القوانين الأخرى بمبدأ تحديد ميعاد طويل (٦ شهور في بلجيكا طبقا للمادة ١٤٢ من الدستور المعدل سنة ١٩٩٤). ومع ذلك فقد اتجهت معظم القوانين إلى عدم تحديد ميعاد لرفع هذه الدعوى (قانون المحكمة الدستورية الألمانية الاتحادية المعدل سنة ١٩٩٣، وقانون المحكمة الدستورية النمساوية، وقانون المحكمة الدستورية البورغالية وقانون المحكمة الدستورية في كل من بلغاريا، وكرواتيا، وسلوفانيا، وأستونيا، والمجر، وليتوانيا، وبولندا، والتشيك، وروسيا، وأوكرانيا)^(٢).

ولم يأخذ المشرع المصري بحسب الأصل بهذه الرقابة حيث لا تجوز الدعوى الأصلية سبيلا للطعن بعدم دستورية القواعد الواردة في النصوص التشريعية^(٣).

٥٦ - تقديرها

تتميز الرقابة المجردة بثلاث خصائص؛ فهي رقابة مجردة عن أية قضية محددة معروضة أمام المحاكم العادية، بخلاف الحال في الرقابة المحددة. وهي رقابة تتم بالدعوى المباشرة أمام المحكمة الدستورية. وهي رقابة موضوعية للدفاع عن المصلحة العامة وليس دفاعا عن المصلحة الشخصية لرافع الدعوى، بخلاف الحال في الرقابة من خلال الدعوى المباشرة^(٢).

وواضح من عرض ماهية الرقابة المجردة أنها تنصب على القاعدة القانونية بعد صدورها ويكون ذلك قبل مدة كافية من تطبيقها العملي. ومن ثم فهي صورة متطورة من الرقابة السابقة التي تنصب على القواعد القانونية بعد إقرارها من البرلمان وقبل صدورها. فالرقابة على الدستورية هي رقابة مجردة لا من حيث عدم ارتباطها بنزاع معين أمام المحاكم العادية فحسب؛ وإنما لأنها قد ترد على القواعد القانونية من خلال نصوصها الصماء قبل أن ترى نور التطبيق العملي بشكل كاف لاستجلاء معانيها وكشف ما قد يعتورها من عيوب.

(٢) انظر: Cardoso da costa, Rapport Général, op. cit., p.18.

وانظر: Fernández Rodriguez; Les délais d'intruduction de l'action abstraite en inconstitution-nalité en Europe; Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1998, pp. 52-62.

(٣) دستورية عليا في أول يناير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦ قاعدة رقم ١٢ ص ١٢٤؛ ٧ مايو سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١٥ قضائية «دستورية» المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧.

(٣) Fernández Rodriguez, op. cit., pp. 50-51.

وراجع البندين ٥٧ و٥٩ من هذا المؤلف.

المبحث الثالث الرقابة المحددة

٥٧- ماهيتها

الرقابة المجردة "Concrét" هي التي تكون بمناسبة حالة معينة من حالات تطبيق القاعدة القانونية محل الطعن في دستورتها؛ مرفوع بشأنها دعوى أمام المحاكم العادية. ومن هنا، فإن الرقابة المحددة تتحقق من خلال المسألة الفرعية بالدستور التي تثار أمام المحكمة العادية. وفي هذه الحالة توقف المحكمة العادية الدعوى وتحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية أو تكلف الخصم الذي أثار المسألة الدستورية برفع الدعوى الدستورية. ويشترط لقبول الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية إلحاق ضرر فعلي بالفرد من جراء تطبيق القانون غير الدستوري، وهو ما يسمى بشرط المصلحة في الدعوى^(١). وفي هذه الحالة تفصل المحكمة الدستورية في المنازعة الدستورية بالنظر إلى الحالة المحددة المعروضة عليها، وبالقدر الذي يؤثر في النزاع المحدد المعروض على القضاء العادي.

وقد أخذت بهذا الشكل من الرقابة الدستورية معظم النظم الدستورية التي أخذت بالرقابة اللاحقة؛ وخاصة ألمانيا، والنمسا، وأسبانيا، والبرتغال، وإيطاليا^(٢).

Michel Fromont, op. cit., p.56,89.

(١)

Klaus Scherich, op. cit., p.128.

Lois constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux, Economica, 1987, p.48.

(٢)

وهناك نظم تأخذ بالرقابة المحددة أيًا كانت طبيعة القاعدة القانونية التي يطعن بعدم دستوريته (النمسا، وبولندا). وهناك نظم تأخذ بهذه الرقابة إذا كانت القاعدة المطعون عليها تشريعا أو نصا له قوة القانون أو ما أشبه بذلك (ألمانيا، إيطاليا، أسبانيا).

ومن ناحية أخرى، فإن مدى ارتباط القاعدة المطعون عليها بالحالة المعروضة على المحكمة العادية، يخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا ذاتها^(١). وفيما يتعلق بمدى هذا الارتباط، اتجهت بعض النظم (كما هو الحال في ألمانيا) إلى الاكتفاء عند إحالة المحكمة العادية للمسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية بأن يوجد لديها (شك) مبني على أساس معين في دستورية القاعدة المطعون عليها كما هو الحال في إيطاليا، وأسبانيا، وتركيا، والنمسا^(٢). بينما يشترط في ألمانيا للإحالة إلى المحكمة الدستورية ألا تكتفي المحكمة العادية بشبهة عدم الدستورية في القاعدة المطعون عليها، بل يجب أن تقتنع بأن النص الذي يتضمن هذه القاعدة لا يتفق مع الدستور^(٣).

ومن حيث المحكمة التي تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية، اختلفت النظم في شأنها، فاتجه البعض إلى تحويل ذلك إلى جميع أنواع المحاكم (كما في ألمانيا، وإيطاليا، وأسبانيا)، بينما اتجهت نظم أخرى إلى عدم السماح بذلك إلا للمحاكم العليا ومحاكم ثانية درجة عندما تكون المسألة الدستورية متعلقة بالتشريع (النمسا مثلا)^(٤).

وقد تميزت البرتغال بتنظيم خاص في هذا الشأن. فجميع المحاكم مختصة بالحكم في المسألة الدستورية المثارة عند تطبيق القواعد القانونية في حالة محددة. ولكن يتعين عليها أن تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية عندما ترفض تطبيق القاعدة القانونية بسبب عدم دستوريته. ويتعين إحالة الأمر بواسطة النيابة العامة إلى المحكمة الدستورية، إذا ما رفضت المحكمة تطبيق قاعدة منصوص عليها في اتفاقية دولية أو

Cardoso et Costa, Rapport général, Annuaire, op. cit., 1987.

(١)

Cardoso et Costa, op. cit., p.19.

(٢)

Zeidler, op. cit., p.38.

(٣)

Cardoso et Costa, op. cit., p.19.

(٤)

Almeida, le tribunal constitutionnel portugais, Annuaire International, 1987.

(٥)

تشريع أو لائحة ، أو إذا طبقت قاعدة سبق الحكم بعدم دستوريته^(٥).

٥٨-تقديرها

يتميز هذا الشكل من الرقابة الدستورية بالفعالية ، لأنه يقع على قاعدة قانونية جرى تطبيقها فتكشفت عيوبها ومشكلاتها في ضوء التطبيق العملي . إلا أن تقييد سلطة المحكمة في نظر عدم الدستورية بارتباط القاعدة المطعون عليها بنزاع موضوعي حول تطبيقها أمام المحاكم العادية يقلل من فرص عرض المسائل الدستورية على القضاء الدستوري . ولهذا من الأفضل أن يتم الجمع بين هذا الشكل من الرقابة وبعض الأشكال الأخرى السابق بيانها .

فسيادة القانون هي رائد الدعوى الدستورية ، ويجب العمل على تحقيق هذا الهدف بصفة موضوعية وعدم الحذر من ذلك .

المبحث الرابع الرقابة بناء على الدعوى المباشرة من الأفراد لحماية الحقوق والحريات

٥٩- ماهيتها

بوجه عام، تتم الرقابة لحماية الحقوق والحريات بواسطة دعوى يباشرها أحد الأشخاص بسبب المساس بحقوقه الدستورية من خلال تشريع أو لائحة أو بسبب حكم قضائي أو قرار إداري. ويشترط أن يكون المدعى قد استنفذ جميع الوسائل أمام القاضى العادى لحماية حقوقه. وهو نظام شبيه البعض بنظام الـ "Habeas corpus" المعروف فى النظام القانونى الأنجلو أمريكى^(١).

وتهدف الدعوى المباشرة من الأفراد بعدم الدستورية إلى تحقيق ثلاثة أهداف^(٢):

(١) حماية الحقوق والحريات .

(٢) الرقابة على دستورية القوانين، والتحقق من شرعية أعمال الدولة .

(٣) تعميق قيم الديمقراطية فى ضمير الشعب من خلال وضع الرقابة الدستورية فى متناول أفراد الشعب .

Garlieki et Zakrzewski, op. cit., p.22.

(١) انظر:

(٢) انظر: M. Verdussen. le Recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative (Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel, Journée d'études du 9 Février 1990, Collection droit public positif, Economica, 1991), p.155.

وتتم الدعوى الدستورية من الأفراد مباشرة إلى المحكمة الدستورية . إلا أن تناول المسألة الدستورية قد يكون بالطعن على التشريع نفسه إذا رأى الفرد أن تطبيقه أدى إلى انتهاك حقوقه وحرياته الدستورية من خلال حكم قضائي أو عمل إداري . و الأصل أن يكون تناوؤها على نحو غير مباشر من خلال الطعن على المشروعية الدستورية لأحد الأعمال الصادرة في مجال تطبيق القانون المخالف للدستور، سواء كانت أحكاماً قضائية أو قرارات إدارية، سواء كانت عدم المشروعية راجعة لعيب في تطبيق القانون رغم مطابقته للدستور، مما أدى إلى المساس بحق أو حرية يحميها الدستور، أو كانت عدم المشروعية راجعة لعيب دستوري في القانون ذاته .

وقد أخذت بأسلوب الدعوى الدستورية المباشرة كل من المحكمة الدستورية النمساوية (المادة ١٤٠/١ من الدستور الاتحادي)، والمحكمة الدستورية الألمانية (المادة ٩٣١/١ و ٤١ أ من الدستور الألماني)، ومحكمة التحكيم البلجيكية بمقتضى القانون الصادر في ٦ يناير سنة ١٩٨٩ . كما أخذت بذلك معظم المحاكم الدستورية في وسط أوروبا والتي أنشئت عقب سقوط الشيوعية^(١)، وهى المحكمة الدستورية في المجر (١٩٨٩)، والمحكمة الدستورية في سلوفاكيا (١٩٩٣)، والمحكمة الدستورية في التشيك (١٩٩٣)، ويوغوسلافيا السابقة (١٩٩٣)، والمحكمة الدستورية البولندية (١٩٩٧) . ولم تأخذ بهذا الطعن كل من المحكمة الدستورية في بلغاريا (١٩٩١) ورومانيا (١٩٩٢) .

وقد أجاز الدستور الأسباني (المادة ١٦١/٢) رفع الدعوى الدستورية المباشرة بواسطة الفرد (Amparo) أمام المحكمة الدستورية الأسبانية بسبب مخالفة الحقوق والحريات المنصوص عليها في المادة ٥٣/٢ من الدستور (وهى الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الثانى من الدستور) ، ويحق ذلك لكل

(١) Marc Verdussen, la justice constitutionnelle en Europe centrale, Essai de synthèse (la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., 1997, pp.240 - 243).

(٢) وتختص هذه هيئة محامى طبقاً للمادة ٥٤ من الدستور الأسباني بمراقبة الإدارة . ويعتبر محامى الشعب في أسبانيا في نظر عديد من المواطنين أفضل دليل على حيوية الديمقراطية الأسبانية، وتنحصر مهمته الأساسية في الدفاع عن سيادة الدستور ومصالح الجماعة . انظر:

P.Bon; La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, 1984, p.84 - 86, 225, 226.

(٣) انظر: P. Bon; "Espagne, Portugal" تقرير مقدم إلى ندوة أقيمت في أول ديسمبر تحت عنوان الدفاع بعدم الدستورية نظمته جامعة باريس ١ ،

l'exception d'inconstitutionnalité Edition STH, 1990, pp. 45à 67.

شخص طبيعي أو قانوني له مصلحة مشروعة، وكذلك الحال لمحامي الشعب، وللنيابة العامة حق رفع هذه الدعوى^(٢). كما عرفت المحكمة الدستورية البرتغالية ذات الأسلوب، فقد أجازت المادة ٢٨١ / ١ من الدستور البرتغالي للأmbodسيان الطعن أمام المحكمة الدستورية بطريقة مجردة ضد أى قاعدة قانونية مهما كان نوعها^(٣). ويؤدي الأmbodسيان في البرتغال دوراً أكثر أهمية مما يؤديه محامي الشعب في أسبانيا لأنه وحده - دون الأفراد - يرفع الطعن مباشرة بعدم الدستورية؛ بخلاف شكل الرقابة المحددة التي تثار من خلال الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء العادي. كما يجوز له الالتجاء إلى المحكمة الدستورية لتفادي امتناع المشرع عن اتخاذ الوسائل التشريعية الضرورية لتنفيذ قواعد الدستور (المادة ٢٨٣ / ١ من الدستور البرتغالي^(١)). وبجانب ذلك يجوز للأفراد الطعن أمام المحكمة الدستورية ضد أحكام المحاكم التي ترفض تطبيق قاعدة بسبب عدم دستوريته، أو تطبيق قاعدة كان يتعين التمسك بعدم دستوريته أثناء الدعوى (المادة ٢٨٠ / ١)^(٢).

وتتحقق الرقابة الدستورية من خلال الدعوى المباشرة من الأفراد ضد أحد الأعمال الصادرة في مجال تطبيق القانون سواء كانت من الأعمال الإدارية أو القضائية، مثال ذلك أنه يجوز للأفراد الطعن أمام المحكمة الدستورية النمساوية في المشروعية الدستورية للقرارات الإدارية الصادرة من المحاكم الإدارية المستقلة، بسبب ما أصابها من ضرر نتيجة مخالفة حق يكفله الدستور أو بسبب تطبيق لائحة لا تتفق مع القانون، أو لائحة قانون غير دستوري، أو لمعاهدة دولية لا تتفق مع القانون. ولا يجوز الطعن إلا بعد استنفاد طرق الطعن العادية. (المادة ١٤٤ / ١ من الدستور). كما أجاز الدستور الألماني (المادة ٩٣ / ٤أ) للفرد الطعن أمام المحكمة الدستورية الألمانية في المشروعية الدستورية للقرارات الصادرة من السلطة العامة إذا أصابها ضرر بسبب انتهاكها للحقوق الأساسية أو لأحد الحقوق المشار إليها في المادة ٩٣ / ٤أ. وأجازت المحكمة الدستورية الأسبانية للأفراد الطعن مباشرة أمامها تحت اسم "Amparos" (المادة ١٦١ ب) لعدم دستورية القرارات الإدارية بسبب انتهاكها للحقوق. وكذلك الشأن

P. Bon, la justice constitutionnelle au Portugal, Economica, 1989, p.84.

(١)

(٢) وقد نصت المادة ٢٨٠ / ٤ من الدستور البرتغالي على أن الطعن في هذه الحالة الثانية قاصر على الفرد الذي كان يتعين عليه التمسك بعدم الدستورية.

بالنسبة للمحكمة الدستورية في المجر، وفي سلوفاكيا وفي التشيك . ويلاحظ أنه في هذه الحالة يمتد الطعن إلى عدم دستورية التشريع الذي بنى عليه القرار الإداري أو الحكم محل الطعن .

وقد حاولت إيطاليا الأخذ بهذا النوع من الرقابة سنة ١٩٨٩ ، وذلك باقتراح إجازة الطعن مباشرة من الأفراد في التشريعات والقرارات التي لها قوة القانون وأعمال السلطات العامة مهما كانت طبيعتها ، إلا أن هذا الاقتراح لم يؤخذ به حتى الآن .

وجوهر الرقابة الدستورية من خلال الدعوى المباشرة التي يرفعها الأفراد ، أن المدعى ينقل قضيته الموضوعية مباشرة إلى المحكمة الدستورية دون أن يتوسط في ذلك قرار من المحكمة العادية أو قرار من أية سلطة عامة . ويتميز عن غيره من أشكال الرقابة في أمرين :

(أولهما) : أن المسألة الدستورية تنحصر في انتهاك الحقوق والحريات «الأساسية» أي الحقوق والحريات التي يحميها الدستور.

(ثانيهما) : أن الطعن يتم بواسطة أحد الأفراد .

على أن شكل الرقابة المباشرة لحماية الحقوق والحريات لم يخضع لتنظيم واحد في الدول التي أخذت به . ففي ألمانيا وأسبانيا والبرتغال يقتصر الطعن بصفة أساسية على الأحكام القضائية ، وخاصة التي تصدر من آخر درجة ، والتي تتضمن مساسا بالحقوق والحريات «الأساسية» . وفي النمسا يقتصر الطعن بصفة أصلية على أعمال الإدارة . وفي بلجيكا ينحصر الطعن في التشريعات والمراسيم أو الأوامر المتعلقة بالاختصاص ، أو بالحقوق الأساسية . وفي سويسرا يقتصر الطعن على أعمال المقاطعات^(١) . وفي كل من المجر وسلوفاكيا والتشيك توجه الدعوى إلى كل من الأعمال الإدارية والأحكام القضائية النهائية لمساسها بأحد الحقوق أو الحريات بناء على مخالفة دستورية .

٦٠ - ملامح الرقابة بناء على الدعوى المباشرة من الأفراد

ويلاحظ بوجه عام على الدعوى المباشرة ما يلي :

(١) Favoeu, Introduction, III colloque International d'Aix - En - Provence, Cours constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux (1981 - 1991), Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1991, p.73.

Luduig Adamovic, Rapport Autrichien, op. cit., p.104.

(٢)

١- هذه الدعوى لا تؤدي إلى الرقابة المباشرة على دستورية التشريعات، إلا في بعض الدول (ألمانيا، والنمسا، وبلجيكا، والبرتغال)؛ هذا بخلاف الحال في الدول الأخرى التي أخذت بهذا الشكل من الرقابة، فإن الطعن يرد مباشرة إما على القرارات الإدارية (النمسا وأسبانيا وألمانيا والمجر وسلوفاكيا والتشيك)^(٢). أو الأحكام القضائية (ألمانيا وأسبانيا والمجر وسلوفاكيا والتشيك وبولندا). ومن خلال هذه الدعوى تباشر المحكمة رقابتها غير المباشرة على دستورية التشريعات التي بنيت عليها القرارات الإدارية أو الأحكام القضائية.

٢- عندما تكون الدعوى المباشرة موجهة إلى حكم قضائي أو قرار إداري^(١)، يمكن إثارة أن المحكمة قد طبقت قواعد غير دستورية، أو أنها طبقت بطريقة غير دستورية قواعد فسرتها على نحو مخالف للدستور. وهكذا تستخدم هذه الدعوى في بعض الدول (ألمانيا، أسبانيا، البرتغال، المجر، التشيك، سلوفاكيا، وبولندا) بوصفها إحدى وسائل الرقابة على أحكام القضاء لا مجرد الرقابة الدستورية على التشريع، ضماناً للحماية حقوق الأفراد المتعلقة بالحقوق في القاضي الطبيعي، والحقوق في المحاكمة العادلة (المنصفة)، حتى قيل بأن الطعن المباشر أصبح بمثابة طعن بالنقض رفيع المستوى^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بإبطال حكم صدر من محكمة النقض بإدانة متهم خلافاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وأكدت في حكمها أنه لا يجوز للقاضي أن يستحدث قواعد للتجريم أو يقضى بعقوبات لم ينص عليها القانون^(٣).

٣- تستهدف الدعوى المباشرة في بعض الدول (مثل ألمانيا، والنمسا)، حماية جميع

Dietrich Katzenstein, Rapport Allemand, op. cit., p.93 - 99.

(١) انظر:

Rubio Llorente, Rapport Espagnol, op. cit., p.135.

Nune de Almeida, Rapport portugais, op. cit., p.143.

Rubio Llorente, Rapport Espagne, op. cit., p.134.

(٢) انظر:

(٣) انظر حكمها الصادر في ٢٧ يونيو سنة ١٩٨٤ بإبطال حكم محكمة النقض الأسبانية الصادر في ١٥ أكتوبر

سنة ١٩٨٣ (Barbero Santos; Le rôle et l'impact du constitutionnalisme, des tribunaux constitutionnels et cours suprême sur l'évolution et le développement du système de justice criminelle (Les systèmes comparés de justice pénale. De la diversité au rapprochement, érés, 1998, p. 284).

Ludwig Adamovich, Rapport Autrichien, op. cit., p.104 - 106.

(٤) انظر:

Rubio Llorente, Rapport Espagnol, op. cit., p.134.

(٥) انظر:

الحقوق سواء ما نص عليه الدستور صراحة أو ما استخلص ضمنا بطريق غير مباشر^(٤)، بينما يستهدف حماية نوع معين من الحقوق في بعض آخر من الدول، مثل أسبانيا، حيث تتعلق الحماية بالحقوق الواردة في الفصل الأول من الباب الثاني للقسم الأول من الدستور دون الحقوق الواردة في الفصل الثاني^(٥).

٤- يشترط لقبول الدعوى المباشرة أن يثبت المدعى أنه أصيب بضرر في أحد حقوقه التي يحميها الدستور^(١).

٥- يشترط لقبول الدعوى المباشرة الموجهة ضد الأحكام أو القرارات الإدارية أن تكون نهائية وأن تكون قد استنفدت جميع طرق الطعن.

٦١- تقديرها

ثار البحث حول مزايا هذا النظام وعيوبه. فمن حيث المزايا لاشك أن هذا النظام يكفل للأفراد حماية حقوقهم وحرياتهم بطريقة فعالة. وقد قيل بأن هذه الحماية لا تنطب فتح هذا الطريق من الطعن أمام المحكمة الدستورية لأن فوائدها القانونية يمكن تحقيقها بوسائل أخرى. إلا أنه رد على ذلك بأنه من الناحية السياسية والنفسية تبدو أهمية هذه الدعوى لأنها تولد شعورا بوجود إجراءات عليا لضمان احترام الحقوق والحريات^(٢).

إلا أن عيوب هذا الإجراءات تمثلت في كثرة الدعاوى المباشرة الموجهة من الأفراد، مما أدى إلى انشغال المحاكم الدستورية بهذه الطعون حتى أنها زادت بكثير عن الدعاوى الدستورية الأخرى، مما أدى بالمحاكم الدستورية (كما في ألمانيا وأسبانيا) إلى وضع

Dietrich Katzenstein, Rapport Allemand, op. cit., p.98. Rubio Llorente, Rapport Espagen, (١) op. cit., p.134.

Guasch; La mise en cause de la constitutionnalité des lois à travers le recours d'Amparo en Espagne, Annuaire International de Justice constitutionnel, Economica, 1992, p.26 et S.

Lois Philip, L'accès direct à la protection techniques et resultats, colloque d'Aix - En pro (٢) vence 12-13 Jullet et 1991 - Débats Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1991, p.167.

Louis Favoreu, Débats, op. cit., p.166.

(٣)

إجراءات لتنقية قبول هذه الدعاوى المباشرة^(١). كما لوحظ أن هذه الدعاوى لا توفر رقابة مباشرة على دستورية التشريعات إلا في عدد محدود من الدول، وأن ما تتيحه من رقابة دستورية يتم بطريق غير مباشر من خلال الطعن على القرارات الإدارية والأحكام القضائية. وقيل بأن شكل الرقابة الدستورية المحددة يوفر هذه الميزة، بل يفضلها لأنه يجعل تنقية السعى نحو هذه الرقابة بيد القاضى العادى عندما يدفع أمامه بعدم الدستورية، فيقدر مدى جدية هذا الدفع قبل إحالة الموضوع إلى المحكمة الدستورية أو الترخيص برفع الدعاوى أمامها^(٢).

وهذا بينما نادى البعض بديمقراطية القضاء الدستورى للسماح للأفراد بالالتجاء إليه، قيل بأن عدم نجاح كثير من الدعاوى المباشرة قد يرجع إلى عدم تأسيسها على حجج مقبولة وليس إلى عدم فائدة الطعن أو عدم فاعليته، وأنه لا يجوز إهدار الفاعلية السياسية لكثير من المبادئ مثل استقلال القضاء بسبب إخضاعها لمقاييس الفاعلية أو النفعية، وأنه لا تقاس فاعلية هذه الرقابة بقدر عدد أحكام عدم الدستورية^(٣).

٦٢ - مدى أهمية العنصر الشخصى فى الرقابة الدستورية

عرضنا فيما تقدم لأشكال الرقابة اللاحقة. ووضح من هذا العرض أن كلا من الرقابة التابعة، والرقابة المحددة، والرقابة المباشرة من الأفراد تتطلب ارتباطا معيناً بين المسألة الدستورية محل البحث والنزاع الموضوعى حول الحق الذى يطالب به المدعى، وهو ما يوضح العنصر الشخصى فى هذه الأشكال الثلاثة من الرقابة.

ولهذا أطلق وصف الشخصية "Subjectif" على هذه الأشكال من الرقابة. إلا أنه لا يوجد ارتباط حتمى بين هذا الوصف وبين حدود سلطة المحكمة الدستورية، وقبول الدعاوى الدستورية أمامها. فقد يكون التنظيم الإجرائى للرقابة الدستورية شخصياً بالنسبة إلى شخص من يقيم الدعاوى الدستورية، وبجودا بالنسبة إلى سلطة المحكمة فى

Louis Favoreu, Débats, op. cit., p.166.

(١)

Argument de Otto Pfersman, Débats, op. cit., p.170 et 171.

(٢)

الرقابة الدستورية ، كما هو الحال في ألمانيا ومعظم بلاد أوروبا . ولا يشترط أن تكون هذه الأشكال من الرقابة شخصية في جميع الأحوال ، فقد يكون التنظيم الإجرائي للرقابة الدستورية موضوعيا بالنسبة إلى المسألة الدستورية ، كما إذا رأت المحكمة العادية من تلقاء نفسها أن تحيل المسألة الدستورية التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى المطروحة أمامها إلى المحكمة الدستورية . في هذه الحالة تكون الرقابة موضوعية ، لأن المحكمة بقرارها بالإحالة من تلقاء نفسها لا تتوخى غير المصلحة العامة متمثلة في سيادة القانون . إلا أن سلطة المحكمة الدستورية في هذه الحالة تكون محدودة لأنها لا تستطيع الفصل في المسألة الدستورية ما لم تتعلق بالنزاع المطروح أمام المحكمة العادية ويسمى النظام المذكور بالنظام المختلط "Mixte" ^(١).

(١) انظر:

Michel Fromont, op. cit., p.50.

الفصل الثالث

شكل الرقابة الدستورية في القانون المصري

٦٣ - تمهيد

عرضنا فيما تقدم للنظم الإجرائية للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين . وقد أخذ القانون المصري بالرقابة الدستورية اللاحقة «المحددة» . كما عرف الرقابة الدستورية بطريقة غير مباشرة بناء على دعاوى الأفراد ، وذلك في الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٥ أولا ثانيا وثالثا والمادة ٥٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

وقد أحالت المادة ١٧٥ / ١ من الدستور إلى المشرع في تحديد التنظيم الإجرائي للدعوى الدستورية ، فنصت على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح . . . « وذلك كله على الوجه المبين في القانون » .

وقد حددت المادتان ٢٧ و ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التنظيم الإجرائي للرقابة على دستورية القوانين ، بطرائق معينة لا تقبل الدعوى الدستورية إلا بولوجها ، وهذه الطرائق ليست إلا أوضاعا تتعلق بالنظام العام ^(١) .

وفي ضوء ما تقدم ، نعرض التنظيم الإجرائي للرقابة المحددة على الدستورية ، ثم نبين مدى الأخذ بالرقابة الدستورية بناء على الدعاوى المباشرة للأفراد .

(١) دستورية عليا في ٧ مايو سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٦ قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧ .

المبحث الأول التنظيم الإجرائي للرقابة المحددة

٦٤ - التنظيم الموضوعي للرقابة

حدده المادتان ٢٧ و ٢٩/أ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ويكون في حالتين :
(أ) تصدى المحكمة الدستورية "L'autosaisine" رخصت المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى .

ويلاحظ في هذه الحالة أن المحكمة الدستورية العليا إذ تصدى من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية أى نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، لا تتقيد بارتباط المسألة الدستورية بالنزاع المعروض على محكمة الموضوع مباشرة، وإنما تتقيد فقط بارتباط هذه المسألة بالنزاع المعروض على المحكمة الدستورية ذاتها . وبناء على ذلك فإن المحكمة الدستورية العليا لم ترد إذا كان فصل النصوص التي (أبطلتها) المحكمة عما سواها متعذرا، وكان ملحوظا عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معاً واتصال أجزائها ببعض، حقيقة قانونية لا مراء فيها؛ وكان متعذرا بعد إبطال المحكمة للنصوص المخالفة للدستور، أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته؛ فإن قضاء المحكمة بعدم دستورية النص التشريعي المطعون عليه مؤداه زوال النصوص الأخرى المرتبطة به، باعتبار أنها مترتبة عليها، ولا قوام لها بدونها، ولا يتصور إعمالها في غيبتها^(١). وتباشر المحكمة الدستورية العليا هذا الاختصاص في مقام تحديد إطار المسألة الدستورية

(١) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣. (وذلك بشأن نص المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٦٥ بشأن المشردين والمشتبه فيهم، والمواد التي رأتها المحكمة الدستورية مرتبطة بها وهي المواد ٦ و ١٣ و ١٥ من =

موضوع البحث ، فيكون لها أن تتطرق إلى أية مسألة أخرى مرتبطة بالمسألة المطروحة عليها ، إذ إن الأصل في النصوص الدستورية أنها تؤخذ باعتبارها متكاملة ، وأن المعاني التي تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينها ، باعتبار أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً^(١) . وهذا ما استقرت عليه المحكمة الدستورية في ألمانيا إذ جرى قضاؤها على أن المساس بالحقوق الدستورية للمدعى يتوفر إذا كان القانون المطعون فيه بأسره لا تقتصر مخالفته على نص دستوري واحد بل امتدت مخالفته إلى سائر أحكام النظام الدستوري^(٢) .

ومما تقدم يتضح أن سلطة المحكمة في القضاء من تلقاء نفسها عند توافر الارتباط ، تتمثل فيما يلي :

(١) الحكم بعدم الدستورية إذا كان نص القانون أو اللائحة معروضا عليها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ، ويتصل بالنزاع المطروح عليها .

(٢) الحكم بسقوط نص القانون أو اللائحة الذي يرتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالنص الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته ، إذا كون مع هذا النص الأخير وحدة لا تقبل التجزئة . وفي هذه الحالة يكون القضاء بعدم دستورية هذا النص ليس إلا نتيجة حتمية للقضاء بعدم دستورية النص محل الدعوى الدستورية^(٣) .

وتستند هذه الرقابة الموضوعية أيضاً إلى سلطة المحكمة في تحديد نطاق الدعوى الدستورية - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا ، فهو لا يقتصر على النصوص التي تعلق بها الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع ، وإنما يتسع

= المرسوم بقانون سالف الذكر . وانظر كذلك دستورية عليا في ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٤١ في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٦ بشأن الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية ، والفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) ، والمادة ٢٠٨ مكرراً (ب) من هذا القانون .

(١) الدستورية العليا في ٤ يناير لسنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية) ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ ، وانظر كذلك دستورية عليا في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦ قاعدة رقم ٣١ ص ٤٨ .

(٢) Klaus schlaich, op. cit., p. 128.

(٣) نلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا في حكمها سالف الإشارة إليه قد استخدمت عبارات لا يعرفها الدستور ولا قانون المحكمة ، وهو إبطال النصوص أو زوالها - بدلاً من القول بعدم دستورتها . والأصح هو استخدام تعبير عدم الدستورية . ويكون الإبطال هو نتيجة الحكم بعدم الدستورية حتى يكون له أثر كاشف يمتد إلى تاريخ ميلاد النص المحكوم بعدم دستوريته (وهو ما يسمى تجاوزاً بالأثر الرجعي) .

أيضا إلى كافة النصوص التي أضرير الخصم من جراء تطبيقها عليه ، متى كان فصل هذه النصوص عن النصوص التي اشتمل الدفع عليها متعذرا .

(ب) الإحالة من المحاكم : نصت المادة ٢٩ / أ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه (إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية) .

ويلاحظ أن هذه الحالة تعبر عن موضوعية التنظيم الإجرائي لاتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية ، لأن إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي هي التي تحيل الدعوى إليها^(١) . ويجب أن تكون الإحالة إلى المحكمة الدستورية من قبل محكمة الموضوع واضحة لا لبس فيها ، فلا يكفي مجرد إيقاف الدعوى الموضوعية إلى حين فصل المحكمة الدستورية في المسألة الدستورية . كما أن هذا الإيقاف أيضا لا يعتبر تصريحاً للخصم برفع الدعوى الدستورية إذا لم يكن الخصم قد دفع بذلك أمام محكمة الموضوع^(٢) . كما أوجبت المحكمة الدستورية العليا لصحة الإحالة إليها أن يورد قرار الإحالة في تحديد كافة النصوص التشريعية المطعون عليها بعدم الدستورية ونصوص الدستور المدعى مخالفتها ، والأوجه التي تقوم عليها هذه المخالفة ، وإلا كانت الإحالة باطلة^(٣) ، وذلك تطبيقا للمادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

ولاشك أن المحكمة في قرارها بالإحالة تعبر عن المصلحة العامة القائمة على حسن تطبيق القانون ، والتي تتوخاها عند الفصل في النزاع . إلا أن هذا التنظيم الإجرائي يتصف بالجانب الشخصي بطريق غير مباشر ، بالنظر إلى الصلة الحتمية التي تقوم بين الدعويين الموضوعية والدستورية في إطار التنظيم الإجرائي للدعوى الدستورية المحددة في المسألة التي تدور حولها الخصومة الموضوعية . وقد دفع هذا الجانب الشخصي للتنظيم الإجرائي المذكور المحكمة الدستورية إلى القول بأن شرط المصلحة في الدعوى

(١) مثال ذلك إيطاليا . أما النمسا ، فإن الإحالة لا تكون إلا من المحكمة الإدارية والمحكمة العليا للعدالة ومحاكم الاستئناف (المادة ١٤٠ / ١ من الدستور) . وفي أسبانيا ، فإن حق الإحالة يكون من كل جهاز قضائي (المادة ١٦٣ من الدستور ، والمواد من ٣٥ إلى ٣٧ من قانون تنظيم المحكمة الدستورية) . وفي بلجيكا تملك أى محكمة الإحالة للمحكمة الدستورية (المادة ١٠٧ / ٢ من الدستور) .

(٢) دستورية عليا في ٤ يونية سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٦ قاعدة رقم ٢٥ ص ٢٩٥ .
(٣) دستورية عليا في ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ٣٠ حتى ٢٦٢ .

الدستورية مازال قائما في هذه الحالة ومتطلبا لقبولها، على أساس أن إحالة محكمة الموضوع الدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا لا يعد فصلا في شرائط قبولها، وأن تقدير محكمة الموضوع شبهة عدم الدستورية في النص التشريعي يجب أن تتجراها المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو فسادها^(١).

ونرى أنه مراعاة للطابع الموضوعي لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية من خلال قرار محكمة الموضوع بالإحالة إليها، تقديرا لما يستوجبه حسن تطبيق القانون؛ ألا يندرج تمحيص مدى صحة هذه الإحالة تحت إطار مسمى المصلحة الشخصية، لأن هذا الشرط يتعلق برفع الدعوى الدستورية، بوصفه - أحد خصوم الدعوى الموضوعية. وطالما كانت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي هي التي أقامت الدعوى، فلا مجال للحديث عن المصلحة الشخصية. وإنما يكون البحث في إطار مدى صحة قرار المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي برفع الدعوى الدستورية، وهو أمر لا يتوقف فقط على ارتباط المسألة الدستورية بالمسألة الكلية أو الفرعية التي تدور حولها الخصومة القضائية، بل يتوقف أيضا على قوة الشبهة الدستورية على مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للدستور، وهي شبهة تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا^(٢). ولهذا، فإن المحكمة الدستورية تمسكت باختصاصها في مباشرة الرقابة الدستورية بمجرد اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، ولم تسمح لمحكمة الموضوع أن تعدل عن تقديرها السابق لجدية الدفع بعدم الدستورية، واعتبرت ذلك تسليطا لقضاء أدنى على قضاء أعلى وتعطيلا لحق اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصها الدستور بها^(٣)، ولهذا قيل بأن المحكمة الدستورية وحدها تملك سلطة الرقابة الدستورية، إلا أن قاضي الموضوع يلعب دورا لا يمكن إنكاره في إجراءات الدعوى الدستورية^(٤).

(١) دستورية عليا في ٧ مايو سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦، قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧.

(٢) دستورية عليا في ٧ مايو سنة ١٩٩٤ المشار إليه عاليه.

(٣) دستورية عليا في ٦ إبريل سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧ قاعدة رقم ٣٣ ص ٥٥١. ولكننا لا نرى موجبا للقول بأن المحكمة الدستورية قضاء أعلى من القضاء العادي، فلكل من القضاءين ولايته، فالمحكمة الدستورية هي قاضي الدستور، والمحكمة العادية هي قاضي التشريع.

(٤) Nathalie Berard - Maugiron, La Haute Cour Constitutionnelle Egyptienne et la protection des droits fondamentaux, thèse de doctorat, le 15 juillet 1999 - Univesité Nanterre (Paris X), p. 63.

٦٥ - التنظيم الشخصى للرقابة

وقد حددته المادة ٢٩ (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا التى نصت على أنه (إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن).

وواضح مما تقدم أن رافع الدعوى الدستورية هو أحد الخصوم فى الدعوى الموضوعية، بناء على ما ارتأته المحكمة من جدية الدفع بعدم الدستورية، والترخيص له برفع الدعوى فى خلال ثلاثة أشهر من قرارها. وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى مراقبة المحكمة فى تقديرها لجدية الدفع بعدم الدستورية، فقضت بأنه إذا كان الدفع أمام المحكمة بعدم الدستورية لم يتضمن تحديداً كافياً للنصوص المطعون عليها؛ فإن التصريح لمن أثاره برفع الدعوى الدستورية يكون قد ورد على غير محل^(١).

ويستوى فى الدفع المثار أمام إحدى المحاكم بعدم الدستورية، أن يكون قد أبدى أمام إحدى محاكم الموضوع، أو محكمة النقض. وفى هذا الشأن قالت المحكمة الدستورية العليا بأن طبيعة الرقابة التى تباشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، بل إن إجالتها لبصرها فى هذا الدفع، يعكس جوهر رقابتها القانونية، ويعتبر أوثق اتصالاً بها، ذلك أن تقرير ما إذا كان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته يعد لازماً أو غير لازم للفصل فى الحقوق المدعى بها، وكذلك ما إذا كان التعارض الذى يثيره الدفع بين هذا النص وحكم الدستور، يعد - من وجهة مبدئية - مفتقراً إلى ما يظاھر به أو مرتكناً إلى ما يبرره، كلاهما من مسائل القانون التى يدخل الفصل فيها فى ولاية محكمة النقض التى عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقه على الوقائع التى خلص إليها الحكم المطعون فيه^(٢).

وكانت محكمة النقض قد اتجهت فى بادئ الأمر إلى أن الدفع بعدم دستورية نص

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، القاعدة رقم ١٧ ص ٢١٢.

(٢) دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٢٩ ص ٣٤٣.

قانونى هو دفع لا يجوز إثارته أمامها لأول مرة، إلا أن هذه المحكمة أجازت ذلك فى أحكامها واستقر قضاؤها على وقف نظر الطعن حتى يفصل فى المسألة الدستورية ولو دفع بها لأول مرة أمام محكمة النقض^(١).

وتلتزم المحكمة بالألا تصرح للخصم برفع الدعوى الدستورية ما لم يكن قد دفع بذلك أمامها؛ فإن صرحت له المحكمة بذلك دون دفع سابق كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة^(٢).

وقد أوجبت المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية أن تتضمن صحيفة الدعوى المرفوعة إلى المحكمة الدستورية العليا بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وربت المحكمة على إغفال هذا البيان عدم قبول الدعوى الدستورية^(٣). ويشترط أن تقتصر صحيفة الدعوى الدستورية على الطعن بعدم دستورية المواد التى شملها تصريح محكمة الموضوع، وإلا اعتبر الطاعن متجاوزا النطاق الذى تتحدد به المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها^(٤).

وقد أوجبت المادة ٢٩ (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا رفع الدعوى الدستورية فى خلال ميعاد ثلاثة شهور يبدأ من اليوم التالى لقرار المحكمة بالتصريح برفعها، وهو ميعاد حتمى يؤدى عدم مراعاته إلى عدم قبول الدعوى الدستورية^(٥). ولم تقبل المحكمة الدستورية العليا المرض كعذر قهري يبرر التجاوز عن هذا الميعاد

(١) انظر دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه، و ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، ونقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦ الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٦٢ قضائية.

(٢) دستورية عليا فى ٥ أكتوبر سنة ١٩٩١، أول فبراير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، القواعد رقم ٦ و ١٧ و ٢٠ ص ٢٦ و ١٢٢ و ١٥٨ على التوالى.

(٣) مثال ذلك، دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٦ ص ١١٩، ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٩ ص ٩٠.

(٤) دستورية عليا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٥) دستورية عليا فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٩١، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٨ ص ٣١. ويجب مراعاة هذا الموعد مضافا إليه ميعاد المسافة بحيث يتكون من مجموعها ميعاد واحد هو الذى يتعين التزامه (دستورية عليا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢٧ سنة ٢٠ قضائية «دستورية».

بحسبان أن التوكيل بالخصومة مع افتراض قيام هذا المرض ، وبالنظر إلى طبيعته ، ليس مستحيلا أو متعذرا . ولا يصح التراخي في رفع الدعوى الدستورية في الميعاد تأجيل محكمة الموضوع الدعوى مجددا إلى جهة أخرى حتى تقام الدعوى الدستورية لأن ذلك يتمحض ميعادا جديدا لا يعتد به^(١).

وقد استبعد المشرع المصرى - بحسب الأصل - الطعون المباشرة من الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية من خلال الدعوى الأصلية^(٢). واضعاً في اعتباره عند الأخذ بالنظام الحالى ضرورة تحقيق هدف نفعى من وراء الدعوى الدستورية ، وهو تجنب تطبيق القاعدة القانونية التى تحول دون الوصول إلى حقه المتنازع عليه ، بسبب مخالفة هذه القاعدة للدستور. وهو ما يعبر عنه بشرط المصلحة الشخصية .

٦٦- المصلحة الشخصية كمناط لقبول الدعوى الدستورية

مراعاة للطابع الشخصى فى هذا التنظيم الإجرائى ، اشترطت المحكمة الدستورية لقبول الدعوى الدستورية توفر مصلحة شخصية لرافعها ، على أساس أن هذا الشرط ييلور نطاق المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة للفصل فيها^(٣) . فهذا الشرط يستلزم أبداً أن يكون الحكم الصادر فى المسألة الدستورية مدخلا للفصل فى مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة فى الدعوى الموضوعية^(٤).

ويتحدد شرط المصلحة الشخصية بالنظر إلى معيار محدد هو ارتباط المسألة الدستورية بطلبات الخصم أمام المحكمة العادية ، وهو ما يسمى فى إيطاليا "Rilevant"^(٥). وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا بأن يكون الفصل فى المسألة مؤثرا على النزاع الموضوعى .

(١)دستورية عليا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٠٢ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» .

(٢)دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ ، قاعدة رقم ٢٣ ص ٢٦١ .

(٣)دستورية عليا فى ٧ نوفمبر ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية (دستورية) ، الجريدة الرسمية العدد ٤٩ فى ديسمبر ١٩٩٢ .

(٤)دستورية عليا فى أول يناير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٤ لسنة ١٥ قضائية (دستورية). الدستورية العليا فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧٩ لسنة ١٨ قضائية (دستورية). الدستورية العليا فى ١٨ ديسمبر ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية .

(٥) Roaln Ricci, le procès constitutionnel en Italie, Economica, 1996, pp.51 - 53.

وعلى هذا النحو جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا بالمصلحة الشخصية المباشرة كشرط لقبول الدعوى الدستورية، أن مناط هذه المصلحة في أن يكون ثمة ارتباط بين المسألة الدستورية وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة أمام محكمة الموضوع^(١). وإيضاحاً لذلك أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ في قولها بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يعتبر متصلاً بالحق في الدعوى، وهو حق يقوم مستقلاً عن الحق الذي تقام الدعوى لطلب اقتضائه، وأنه لا يكفي لقيام المصلحة الشخصية المباشرة التي تعتبر شرطاً لقبول الدعوى الدستورية أن يكون النص التشريعي المطعون عليه مخالفاً في ذاته للدستور، بل يتعين أن يكون هذا النص - بتطبيقه على المدعى - قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها على نحو ألحق به ضرراً مباشراً. ومؤدى ذلك أن المصلحة الشخصية المباشرة كشرط لقبول الدعوى الدستورية تتطلب توافر عنصرين، أولهما: أن يقيم المدعى الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره ممكن إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية، وليس ضرراً متوهماً أو مجهلاً، وثانيهما: أن يكون مرد هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما تحتم أن يكون مرد هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه^(٢)، وليس ضرراً متوهماً أو متحلاً أو مجهلاً^(٣). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا ألغى النص المطعون عليه بأثر رجعي لم تعد ثمة آثار قانونية قائمة يمكن أن يكون هذا النص رتبها خلال فترة نفاذها بعد أن تم إلغاؤه بأثر رجعي، لغدو المصلحة - بذلك - في الطعن عليه متتفة^(٤).

وتطبيقاً لذلك، قضى بأن شرط المصلحة الشخصية لا يتحقق إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايا النص المطعون عليه بعدم الدستورية أو كانت الأضرار التي رتبها لا

(١) دستورية عليا في ٦ فبراير ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٤ قضائية «منازعة تنفيذ»، الجريدة الرسمية، العدد ٧ في ١٨ فبراير ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦، قاعدة رقم ٨ ص ٤٧٥.

(٢) دستورية عليا في ٢ مايو ١٩٩٩ في القضية رقم ٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٣) دستورية عليا في أول أغسطس سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٤) دستورية عليا في أول أغسطس سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٩٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، وكان ذلك بصدد الفقرة الرابعة من المادة ٣ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ دون غيرها، والتي ألغيت منذ تأريخ العمل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات ناصاً في المادة ١٢ منه على إلغاء الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٣ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١.

تصل بالمصالح التي يدعيها اتصالا شخصيا مباشرا^(١). وأكدت المحكمة الدستورية أن شرط المصلحة الشخصية يبلور نطاق المسألة الدستورية التي تدعى هذه المحكمة للفصل فيها، ومؤكدا ضرورة أن تكون المنفعة التي يقرها القانون هي محصلتها النهائية، ومنفصلا دوما عن مطابقة النص التشريعي المطعون عليه للدستور أو مخالفته لأحكامه. وفي ضوء ذلك رفضت المحكمة الدستورية القول بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يجرد الحقوق التي كفلها الدستور من ضماناتها ممثلة في ملاحقة كل مواطن للنصوص التشريعية المخالفة للدستور^(٢).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بانتفاء شرط المصلحة إذا انصب الطعن بعدم الدستورية على نص تشريعي ألغى بأثر رجعي، وبالتالي زال كل ما كان له من أثر قانوني منذ صدوره، ذلك أن إبطال النص التشريعي لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه من قبل^(٣).

وقد استندت المحكمة الدستورية العليا إلى شرط المصلحة لعدم قبول التدخل الانضمامي في الدعوى الموضوعية، على أساس أن مركزه القانوني لن يتغير بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها^(٤).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط ابتداء واستمرار وقبول الدعوى الدستورية. وقد حدث أن بعض المدعين قد ركنوا في دعواهم الدستورية إلى أن مصالحهم في قبول دعواهم مصلحة دستورية وقانونية وأن عدم قبول

(١) دستورية عليا في ١٤ أغسطس ١٩٩٤ في القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية - الجريدة الرسمية العدد ٣٥ الأول من سبتمبر ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦، قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٣١. وانظر دستورية عليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا في ٦ فبراير ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه، والدستورية العليا في أول فبراير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٥ لسنة ٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٧ ص ١٢٢.

(٣) دستورية عليا في إبريل سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٥ في ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩. وكان الطعن ينصب على الفقرتين ٣، ٤ من المادة ٣ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، وقد ألغيت بأثر رجعي بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية قضت في هذه الدعوى باعتبار الخصومة متتهمة، وكان يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى.

(٤) دستورية عليا، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦، قاعدة رقم ٢٣ ص ٢٦١.

دعواهم بناء على انتفاء شرط المصلحة مؤداه بقاء النص التشريعي المطعون عليه قائما مقيدا المواطنين في جميع معاملاتهم ومهددا كذلك حق الدفاع بالإضافة إلى الحق في التقاضي رغم ثبوت توافر مصلحة المدعين الحالية والمستقبلية في إبطال هذا النص كى لا يظل سيفا مسلطا على رقاب المدعين وغير المدعين من المواطنين الملتزمين بتأكيد سيادة الدستور وتأمينه واحترامه وحمايته . إلا أن المحكمة الدستورية العليا رفضت الدعوى متمسكة بما سبق أن أوردته في قضائها من أن عينية الدعوى الدستورية لا يلزمها بالضرورة اعتبار شرط المصلحة الشخصية المباشرة منفكا عنها، بل هو مناط قبولها ولا يكفى أن يتوفر عند رفضها، بل يتعين أن يظل قائما إلى حين الفصل فيها، وأضافت المحكمة في حكمها أنه متى غدت مصلحة المدعين مصلحة نظرية تعين الحكم بعدم قبول الدعوى^(١). وبهذا المعنى أكدت المحكمة الدستورية العليا أن المصلحة الشخصية المباشرة إنما هى شرط ابتداء واستمرار لقبول الدعوى الدستورية^(٢).

(١) دستورية عليا في ٦ فبراير ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٤ قضائية - الجريدة الرسمية العدد ٧، في ١٨ فبراير لسنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦، قاعدة رقم ٨ ص ٤٧٥، ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية، تنفيذ «منازعة» دستورية.

(٢) انظر، دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، حيث كان النزاع الموضوعى مرفوعا أمام محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة طعنا في قرار لجنة التأديب والتظلمات بهيئة قضايا الدولة، ولما رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا طعنا في دستورية المادة ٢٥ من قانون هيئة قضايا الدولة، قالت المحكمة في حكمها إن قرار هذه اللجنة يعتبر حكما على درجة واحدة، ثم قضت بعد ذلك بعدم دستورية نص المادتين ٢٥ و ٢٦ من قانون هيئة قضايا الدولة تأسيسا على عدم حياد رئيس اللجنة باعتبار أنه هو الذى طلب إحالة الطاعن إلى لجنة التأديب، وذلك على الرغم من أن قولها باعتبار قرار لجنة التأديب حكما سوف يؤدي في صحيح القانون إلى عدم اختصاص محكمة القضاء الإدارى التى لا تختص إلا بالطعون في القرارات الإدارية . ومع ذلك؛ فإن وجه المصلحة في الدعوى الدستورية بقى قائما، على أساس أنه يكفى لتوافر هذه المصلحة أن تكون النصوص المطعون عليها قد حالت دون حماية الحقوق الدستورية لرافع الدعوى، وهو ما تبينته المحكمة الدستورية العليا في هذه الدعوى، أما ما يترتب على اعتبار قرار اللجنة حكما قضائيا من عدم اختصاص مجلس الدولة، فهى مسألة يبحنها مجلس الدولة استقلالا طبقا للقانون. ولا يعتبر هذا التطبيق مسألة دستورية حتى تحسمها المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها وترتب عليها انعدام المصلحة. وليس للمحكمة الدستورية أن تمارس سلطة مجلس الدولة في الحكم أو أن تفترض ما يجب أن يقضى به لأنه يتعلق بقانون مجلس الدولة ولا يتعلق بالدستور، فذلك يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا التى تنحصر ولايتها في تطبيق الدستور. هذا بخلاف الحال في قضية أخرى رأت فيها المحكمة الدستورية العليا أن نص القانون المعروض عليها الغنى ضمنا بقانون أصلح للمتهم مما يؤدي إلى انعدام مصلحة المتهم في الطعن بعدم دستوريته. ففي هذه القضية اعتبر قضاء المحكمة بأن القانون الجديد أصلح للمتهم فصلا في مسألة دستورية طبقا للمادة ٦٦ من الدستور، يميز لها أن ترتب عليه ما يتعين على محكمة الموضوع القضاء به مما ينفي شرط المصلحة. (دستورية عليا في ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ» دستورية. انظر فيما بعد بند ١٠٦.

وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى انتفاء شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى المقامة من إحدى الشركات للحكم بعدم دستورية نص البند ثالثا من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق، إذا كان الأمر الصادر بتقدير الرسوم قد صدر استنادا إلى حكم محكمة استئناف القاهرة الذى قضت محكمة النقض بنقضه، بما يترتب على ذلك من زواله وإلغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة له والتي كان الحكم المنقوض أساسا لها ومن بين ذلك أمر التقدير سالف الذكر، وبأنه بافتراض صدور حكم ضد الشركة المدعية فى الاستئناف الذى لا يزال متداولاً فسوف تصدر استنادا إلى ذلك الحكم أوامر تقدير جديدة للرسوم القضائية المستحقة، وأن مؤدى ذلك كله أن الدعوى الماثلة بنقض الحكم الاستئنافى الصادر بناء عليه أمر تقدير الرسوم، قد غدت مفتقدة لشرط المصلحة الشخصية المباشرة^(١).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا من أن المشرع وقد نظم فى المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الدعاوى التى تعرض على هذه المحكمة من خلال محكمة الموضوع، فإنه يتعين أن يكون الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية لازماً للفصل فى مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة بأكملها - أو فى شق منها - فى الدعوى الموضوعية، فإذا لم يكن له بها من صلة، كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة^(٢). ولهذا فإن تحديد المسألة الدستورية لا يتوقف على ما يرمى تحقيقه من أغراض سياسية أو أكاديمية أو أيديولوجية أو الدفاع عن قيم مثالية يرمى تثبيتها أو كنوع من التعبير فى الفراغ عن وجهة نظر شخصية أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون بصورة مجردة فى شأن مسألة لم يترتب عليها ضرر بالطاعن ولو كانت محل اهتمام عام^(٣).

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن لكل مواطن صفة مفترضة فى اختصاص النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور، ومصلحة مفترضة

(١) دستورية عليا فى ٢ مايو سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٦ فبراير ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٤ قضائية سالفه البيان. والدستورية العليا فى ٧ مايو ١٩٩٤ فى القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (دستورية)، والجريدة الرسمية العدد ٢٢ فى ٢ يونيو ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦، قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧.

(٣) دستورية عليا فى أول يناير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد ٣ (تابع) فى ٢٠ يناير سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦، قاعدة رقم ١٢ ص ١٢٤.

في إهدارها ، وهو انتقال بالرقابة القضائية على الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد التطور الراهن لقانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

ومتى توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى أمكن للمحكمة الدستورية العليا أن تبلور المسألة الدستورية منط البحث وهي بها من هيمنة على الدعوى تعطيها وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح بعد تفصيلها لطلبات الخصوم فيها واستظهارها لمراميها وأبعادها^(٢). وبناء على ذلك تتطلب ممارسة سلطة المحكمة عند تحديد المسألة الدستورية الاستيثاق ابتداء من الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية قبل الخوض في عيوبها الموضوعية^(٣).

٦٧ - اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى

يتوقف قبول الدعوى الدستورية ، بجانب شرط المصلحة الشخصية على شرط آخر مهم هو ألا تكون المخالفة الدستورية المدعاة ظاهرة البطلان ، وهذا الشرط يتعلق بجدية تقدير المحكمة العادية في هذا الشأن عند إحالة الدعوى الدستورية من تلقاء نفسها أو عند الترخيص برفعها ، وهو ما تستقل بتقديره المحكمة الدستورية العليا دون التزام بوجهة نظر المحكمة العادية في هذا الشأن^(٤). وكل ما يشترط في ذلك أن يكون عيب عدم الدستورية واضح البطلان دون حاجة إلى تمحيص ولا شبهة فيه . وهو ما يسمى في إيطاليا "Non Manifesta Infondatezza"^(٥).

(١) دستورية عليا في ٧ مايو سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ في ٢ يونيو لسنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦ رقم ٢٤ ص ٢٧٧
(٢) دستورية عليا في ٦ فبراير ١٩٩٣ في الدعوى رقم ٣ لسنة ١١ قضائية (تنازع) ، و ٢٠ مارس ١٩٩٣ في القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية «منازعة» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثاني) ، قاعدة رقم ٧ ص ٤٦٧ .

(٣) الدستورية العليا في ٧ نوفمبر لسنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية (دستورية) بالجريدة الرسمية في العدد ٤٩ في ٣ ديسمبر ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ، جـ ٥ (المجلد الثاني) ، قاعدة رقم ٥ ص ٤٧ .

(٤) دستورية عليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ٣٧ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» . وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا في هذا الحكم أنه ليس من بين المهام التي اختص المشرع بها محكمة الموضوع الفصل في توافر شرط المصلحة ومناطها أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازما للفصل في الطلب الموضوعي المرتبط بها ، وأن تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية المبنية على توافر شبهة قوية على مخالفة النص التشريعي المطعون عليه ، يخضع لرقابة المحكمة الدستورية التي يتعين أن تتحرى هذه الشبهة لتقرير صحتها أو فسادها .

Roland Ricci, op. cit., pp. 53 - 56.

(٥)

ومتى اتصلت المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية سواء من خلال التنظيم الموضوعي لرفعها أو التنظيم الشخصي لهذا الإجراء ، دخلت الدعوى الدستورية في حوزتها لتهمين عليها وحدها . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة دستورية إليها ، أو أن تنحى الدفع الفرعي المثار أمامها بعد تقديرها لجديته ، بل يجب عليها أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية باعتباره فاصلا في موضوعها ، كاشفا عن دستورية النصوص المطعون عليها أو عدم دستورتها ^(١) . كل هذا ما لم يتنازل الخصم الذي رفع الدعوى الدستورية عن حقه فيها ، أو تحلى عن الدفع بعدم الدستورية الذي كان قد أبداه أمام محكمة الموضوع ، أو إذا نحت محكمة الموضوع الدفع بعدم الدستورية إعمالا لقضاء صادر من المحكمة الدستورية بدستورية أو بعدم دستورية النص التشريعي المطعون عليه أمامها ^(٢) .

وإذا تعجل الطاعن فبادر برفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا بناء على مجرد تقديمه لمحكمة الموضوع طالبا التصريح له برفع هذه الدعوى دون انتظار تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية والتصريح له بناء على ذلك برفعها ، فإن الدعوى الدستورية لا تكون قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها ^(٣) .

(١) دستورية عليا في ٥ مارس سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦ ، قاعدة رقم ١٩ ص ١٩٨ .

(٢) دستورية عليا في ٥ مارس سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦ ، قاعدة رقم ٢٠ ص ٢١٣ .

(٣) دستورية عليا في ٣ إبريل سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٩٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٥ في ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩ .

المبحث الثانى

نطاق الرقابة الدستورية من خلال دعاوى الأفراد

٦٨-أحوالها

إنه وإن كان الأصل أن الدستور لم يسمح للأفراد برفع الدعوى المباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا بالطعن بعدم دستورية التشريع أو اللائحة، إلا أنه أجاز للأفراد رفع دعوى مباشرة إلى المحكمة الدستورية في أحوال معينة يمكن من خلالها إثارة الرقابة على دستورية القوانين بطريق غير مباشر إذا كان الفصل في المسألة الدستورية لازماً للحكم في الدعوى المباشرة في هذه الأحوال. ويتضح ذلك من مجموع المواد ٢٥ (ثانياً وثالثاً) و ٢٧ و ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. فبناء عليها يمكن تحقيق الرقابة الدستورية من خلال الدعوى المباشرة بواسطة الأفراد في حالات محددة تتمثل فيما يلي:

(١) طلب الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحدهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها (المادة ٢٥ ثانياً).

(٢) طلب الفصل في النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها (المادة ٢٥ ثالثاً).

(٣) جميع الطلبات بشأن المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا. وعندما تباشر المحكمة الدستورية اختصاصها المبين في الحالات السابقة، فإنه يجوز طبقاً للمادة ٢٧ من قانونها أن تقضى بعدم دستورية أى نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى.

ونرى التوسع في الدعوى المباشرة للأفراد من خلال إجازة فتح طريق إعادة النظر في القرارات الإدارية النهائية، وفي الأحكام الباتة سواء صدرت من القضاء العام أو القضاء الإداري؛ وذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، إذا بنى طلب إعادة النظر على استناد القرار الإداري بالحكم المطعون فيه على نص غير دستوري. وللمحد من هذا الطريق يكون رفع الدعوى المباشرة بعد دفع كفالة معينة، على أن تتولى دائرة من ثلاثة مستشارين بالمحكمة الدستورية العليا فحص هذه الطعون قبل إحالتها إلى المحكمة، ولها أن تقضى بعدم قبولها لانعدام الجدية، مع مصادرة الكفالة. وعلى هذا النحو، تتحقق الرقابة الدستورية على النصوص التشريعية بطريق غير مباشر من خلال دعاوى الأفراد. ويمكن فتح هذا الطريق أيضا للنائب العام بوصفه ممثلا للمجتمع، وخاصة أنه يملك وفقا لقانون المرافعات الطعن لمصلحة القانون. على هذا النحو تتأكد سيادة القانون والتي لا تتأكد إلا بسيادة الدستور.

٦٩- شروط الرقابة الدستورية من خلال دعاوى الأفراد

يشترط لكي تباشر المحكمة الدستورية رقابتها الدستورية طبقا للمادة ٢٧ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ توافر الشروط الآتية:

(أولاً): أن تكون دعوى تنازع الاختصاص، ودعوى تنفيذ الأحكام المتناقضة، ودعوى المنازعة المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا مقبولة وداخلة في اختصاص المحكمة. فبالنسبة إلى دعوى تنازع الاختصاص، فيتعين أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد، أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ولا تتخلى إحداها عن نظرها أو تتخلى كلتاها عنها؛ وشرط انطباقه بالنسبة إلى التنازع الإيجابي هو أن تكون الخصومة قائمة في وقت واحد أمام الجهتين المتنازعتين، عند رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا^(١)، وشرط انطباقه بالنسبة إلى التنازع السلبي أن تكون الجهتان المتنازعتان قد تخللتا عن نظرها^(٢). وبالنسبة إلى دعوى تنازع

(١) انظر على سبيل المثال، دستورية عليا في ٤ يونيو سنة ١٩٩٤، القضية رقم ٣ لسنة ١٥ قضائية «تنازع»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٩ ص ٨٤٨.

(٢) انظر على سبيل المثال، دستورية عليا في ٢٠ يونيو سنة ١٩٩٤، القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية «تنازع»، المجموعة السابقة ج٦ قاعدة رقم ١٣ ص ٨٧٥.

تنفيذ الأحكام المتناقضة ، فإن مناط قبولها أن يكون أحد الحكامين النهائيين صادرا من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي ، والآخر من جهة أخرى منها ، وأن يكونا قد حسبا النزاع في موضوعه ، وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معاً . ولا تمتد ولاية المحكمة الدستورية العليا إلى الفصل في حالة التناقض بين الأحكام الصادرة من جهة قضائية واحدة^(١) .

وبالنسبة إلى دعوى المنازعة المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا ، فإن قوامها أن يكون تنفيذ حكم هذه المحكمة لم يتم وفقا لطبيعته وعلى ضوء الأصل فيه ، بل اعترضته عوائق تحول قانونا - بمضمونها أو أبعادها - دون اكتمال مداه ، وتعطل بالتالي أو تقيد اتصال حلقاته بما يعرقل جريان آثاره كاملة دون نقصان . ومن قبيل ذلك عوائق التنفيذ القانونية والتي تبدو في صدور حكم بات يجب تنفيذه بما يتناقض مع حكم المحكمة الدستورية العليا بحجته المطلقة^(٢) . وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد بأن تؤكد أن تدخلها لهدم عوائق التنفيذ التي تعترض أحكامها وتنال من جريان آثارها في مواجهة الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين جميعهم دون تمييز ، يفترض أمرين : (أولهما) أن تكون هذه العوائق - سواء بطبيعتها أو بالنظر إلى نتائجها - حائلة دون تنفيذ أحكامها ، أو مقيدة لنطاقها . (ثانيهما) أن يكون إسنادها إلى تلك الأحكام وربطها منطقيا بها ، ممكنا . فإذا لم تكن لها بها صلة فإن خصومة التنفيذ لا تقوم بتلك العوائق ، بل تعتبر غريبة عنها ، منافية لحقيقتها وموضوعها^(٣) .

(ثانياً) : أن تعرض مخالفه أحد نصوص الدستور أمام المحكمة الدستورية بمناسبة ممارسة اختصاصها في إحدى الحالات الثلاث سالفة الذكر . وهو ما يتطلب أن يكون الفصل في النزاع متوقفا على الفصل في هذه المسألة الدستورية . وسند اختصاص المحكمة الدستورية في هذا الشأن هو المادة ٢٧ من قانون إصدارها . وبمقتضى هذا السند الدستوري تباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على دستورية القوانين بطريق غير مباشر من خلال دعوى مرفوعة من أحد الأفراد . ولا يتقيد اختصاص المحكمة

(١) انظر على سبيل المثال ، دستورية عليا في أول يناير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٩ لسنة ١٤ قضائية «منازعة تنفيذ» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج١ قاعدة رقم ٣ ص ٨٠١ .

(٢) دستورية عليا في ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

(٣) دستورية عليا في أول أغسطس سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» .

بحسب الظاهر بشرط المساس بأحد الحقوق أو الحريات ، إلا أن المسألة الدستورية في الغالب الأعم تتعلق بهذه الحقوق أو الحريات . على أنه يشترط لكي تمارس المحكمة الدستورية سلطتها الرقابية أن تكون المحكمة مختصة أصلاً بالدعوى المطروحة أمامها . فإن لم تكن كذلك فلا مجال لإعمال رخصة التصدي بالرقابة الدستورية المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها^(١) . مع ملاحظة أنه إذا قبلت المحكمة الدستورية المنازعة في تنفيذ أحد أحكامها ، فإن إعمالها للحجية المطلقة لأحكامها سواء بعدم الدستورية أو برفض الدعوى الدستوري أو بعدم قبولها فصلاً في مسألة دستورية ، لا يعدو أن يكون نوعاً من الرقابة الدستورية على الأحكام القضائية^(٢) .

(١) دستورية عليا في ٦ إبريل سنة ١٩٩١ ، القضية رقم ١ لسنة ١٠ قضائية «منازعة تنفيذ» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٤ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٥ .
 (٢) دستورية عليا في ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

الباب الرابع

محل الرقابة الدستورية ومنهجها

٧٠ - تمهيد

يبارس القضاء الدستورى رقابة على مدى دستورية القواعد التشريعية فى إطار ما تتطلبه الوظيفة القضائية الدستورية . وتقتضى ممارسة هذه الرقابة تفسير كل من القواعد الدستورية والقواعد التشريعية لمعرفة مدى اتفاقهما فى المعنى . وهو ما يتطلبه بطبيعة الحال تحديد محل هذه الرقابة .

ونبحث فيما يلى المحل الذى ترد عليه الرقابة الدستورية ، والذى يتمثل إما فى قواعد قانونية تشريعية ، أو فى امتناع المشرع عن معالجة موقف تشريعى معين . وبعد ذلك نبحث منهج الرقابة الدستورية الذى تمارسه المحكمة الدستورية العليا على هذا المحل .

الفصل الأول محل الرقابة الدستورية

المبحث الأول القواعد القانونية التشريعية

٧١ - عرض عام

يتطلب تحديد الرقابة على دستورية القوانين ، معرفة المقصود بالقوانين كمحل لهذه الرقابة . وتمثل هذه المسألة إحدى المشاكل المحورية ، لأنه يتوقف على تحديدها ، إيضاح مناهج التفسير التي تلجأ إليها المحكمة الدستورية لممارسة رقابتها . وينصرف المقصود بالقوانين كمحل للرقابة الدستورية إلى القواعد القانونية أيًا كان مصدرها (التشريع أو اللائحة) . ومع ذلك فيوجد في هذا الشأن بعض الاختلاف في النظم الدستورية يبدو أهمها فيما يلي :

ففي فرنسا حيث أخذت بالرقابة السابقة كأصل عام ، تنصب هذه الرقابة على مشروعات القوانين قبل إصدارها ، وعلى اللائحة الداخلية للبرلمان . ولا ترد على التشريع بعد إصداره إلا إذا تجاوز سلطته فعالج أمورا لائحية ، مما لا يزيد أثرها القانوني عن القيمة اللائحية . وإن كان المجلس الدستوري قد باشر اختصاصه على التشريعات الصادرة بمناسبة نظر مشروعات القوانين بتعديلها .

وقد استبعدت بعض الدول أنواعا من التشريعات من الرقابة الدستورية ، مثال ذلك تركيا ، فقد أخرجت من هذه الرقابة التشريعات التي تعتبر أساسا لثورة أتاتورك ، والتشريعات التي أصدرها مجلس الأمن الوطني في الفترة ما بين سنة ١٩٨٠ و ١٩٨٣ ومراسيم القوانين الصادرة من مجلس الوزراء خلال حالة الطوارئ أو حالة إعلان

الأحكام العرفية^(١). وفي بولندا، اقتضت الرقابة الدستورية على التشريعات وغيرها من الأعمال التشريعية التي صدرت بعد تعديل الدستور البولندي سنة ١٩٨٢، ثم جاء دستور ١٩٩٧ فرفع هذا القيد^(٢). وعدا ذلك، فإن الرقابة الدستورية أيًا كان تنظيمها الإجرائي (الرقابة المجردة أو الرقابة المحددة) تنصب على جميع القواعد القانونية سواء كان مصدرها التشريع أو اللائحة، مع بعض الاختلاف في التفاصيل حسب ظروف كل دولة. وننبه إلى أن القواعد القانونية المستخلصة من النصوص التشريعية هي التي ترد عليها الرقابة، وليست النصوص نفسها، فما النصوص إلا أشياء جامدة بخلاف القواعد القانونية فإنها تموج بالحياة، لأنها هي التي تنشئ أو تعدل أو تنهى آثارا قانونية. فالنصوص هي محل الطعن، أما القواعد القانونية فهي محل الرقابة.

وسوف نبحث كيفية استخلاص القواعد القانونية من النصوص عند بحث سلطة المحكمة في التفسير. وهناك نتيجة هامة تترتب على اعتبار القواعد القانونية محلا للرقابة بدلا من النصوص التي تعتبر مجرد محل للطعن؛ هي إمكان الحكم بعدم دستورية جزء من النص التشريعي المطعون عليه إذا كانت القاعدة القانونية واردة في هذا الجزء وحده.

٧٢ - الرقابة على دستورية التشريع واللائحة في القانون المصري

مناطها: تختص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على القواعد القانونية للتحقق من مشروعيتها الدستورية، سواء كانت هذه القواعد القانونية قد تضمنها تشريع أصلي، أو فرعي (أي لائحة). فمناط الرقابة الدستورية هو قيام تعارض بين قاعدة تشريعية وقاعدة دستورية^(٣)، وتكون الرقابة على القاعدة التشريعية أيًا كان موضعها أو مصدرها أو نطاق تطبيقها. وفي هذا الصدد نصت المادة ٢٥ (أولا) من قانون المحكمة

(١) انظر: Cardoso da Costa, La Justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'Etat, Rapport Général, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.20.

(٢) كانت المحكمة الدستورية البلغارية قد انجذبت في حكمها الصادر في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٩١ إلى أن الرقابة الدستورية لا تمتد إلى التشريعات السابقة على دستور ١٩٩١، ثم أصدرت حكما في ١٤ يولية سنة ١٩٩٤ يؤكد سلطتها في الرقابة على هذه التشريعات السابقة، وأكدت هذا المبدأ مرة أخرى في ١٨ يولية سنة ١٩٩٥ استنادا إلى سيادة الدستور، ثم عادت إلى تأكيده في ١١ يناير سنة ١٩٩٦. انظر:

Karagiozovo - Finkovo; la justice constitutionnelle en Bulgarie, op. cit., p.23.

(٣) دستورية عليا في ١٥ يولية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج-٧، قاعدة رقم ٤٧ ص ٧١٦.

الدستورية العليا على أن تختص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح. ولا صعوبة في تحديد التشريع الأصلي، فهو الذى يقره مجلس الشعب ويصدره رئيس الجمهورية. أما التشريع الفرعى فهو اللائحة التى تصدرها السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها بإصدار اللوائح كما حدده الدستور. وتطبيقا لذلك، قررت المحكمة الدستورية العليا بأن قرارات الشركة القابضة فى قطاع الأعمال العام لا تعتبر تشريعا فرعيا (أى لائحة)، نظرا لكونها من أشخاص القانون الخاص طبقا للمادة الأولى من قانون إصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ سنة ١٩٩١^(١). ولا يتغير الحال إذا كانت اللائحة التى صدرت من أحد أشخاص القانون الخاص قد صدرت عن مجلس إدارة هيئة عامة، لأن سريانها على شخص القانون الخاص يعنى أن هذا الشخص هو الذى قرر تطبيقه^(٢). كما لا يغير من طبيعتها صدورها من وزير قطاع الأعمال العام^(٣) أو من وزيرة التأمينات الاجتماعية^(٤). ولا شأن للرقابة الدستورية بالتناقض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة أو من مرتبتين مختلفتين^(٥).

ولا يمتد اختصاص المحكمة لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين، ولا بين التشريع ذات المرتبة الواحدة. وتطبيقا لذلك قضى بأن النص بمخالفة بعض مواد المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ لبعض نصوص القانون المدنى وقانون المرافعات - أيا كان وجه الرأى فى قيام هذا التعارض - لا يعدو أن يكون نعيًا بمخالفة القانون، وهو ما لا تمتد إليه ولاية المحكمة^(٦).

-
- (١) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧، قاعدة رقم ١٣ ص ٢٢٦.
 (٢) دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر ١٩٩٧، القضية رقم ١٠٦ سنة ١٨ دستورية ويتعلق بلائحة أصدرتها الهيئة العامة للبتول لتسرى على الجمعية العامة للبتول.
 (٣) دستورية عليا فى ٦ مارس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٦٥ لسنة ٢٠ قضائية أو دستورية) الجريدة الرسمية - العدد ١١ فى ١٨ مارس سنة ١٩٩٩.
 (٤) دستورية عليا فى ٦ مارس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٦٧ لسنة ٢٠ قضائية أو دستورية) الجريدة الرسمية - العدد ١١ فى ١٨ مارس سنة ١٩٩٩.
 (٥) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧ قاعدة رقم ٤٧ ص ٧١٦، وانظر ٤ مايو سنة ١٩٩٦، المجموعة السابقة جـ ٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤.
 (٦) دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٨٨ فى القضية رقم ٢٦ سنة ٢ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ٢١ ص ١٤٠، أول يونية سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ٩ سنة ٢ قضائية، المجموعة السابقة رقم ٤٣ ص ٣٥٨، ١٩ يونية سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ٣٠ ص ٣٥٩.

وبطبيعة الحال لا يندرج الدستور في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية الرقابة عليه^(١)، مما لا يجوز النعى على نصوص الدستور أمام هذه المحكمة ورميها بالتعارض أو التنافر، وإنما تمتد ولايتها إلى تفسير نصوص الدستور بما يكفل التوفيق بين مجموع أحكامها .

وتحدد ولاية المحكمة بالنسبة إلى الدستور المصري ، دون غيره من الأحكام الأساسية لأي شخص دولي ينشأ بمعاهدة دولية بين مصر وغيرها من الدول ، ولو كانت لهذه الأحكام الأساسية من زاوية محتواها الموضوعي خصائص القواعد الدستورية وملاحظها . وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم اختصاصها بالنظر في دستورية القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤ بانسحاب مصر من اتحاد الجمهورية العربية والذي كان يضم مصر وليبيا وسوريا طبقاً لاتفاق إقامة الاتحاد المذكور الموقع في بنغازي في ١٧ إبريل سنة ١٩٧٢^(٢).

وغنى عن البيان كذلك ، أن القرارات الإدارية الفردية لا تخضع للرقابة على دستوريته ، لأنها ليست قواعد قانونية ، وتخرج بطبيعتها عن التنظيم اللائحي ذي الطبيعة العامة المجردة . وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن عموم القاعدة القانونية ، لا يعنى انصرافها إلى من يقيمون على امتداد الإقليم بأسرهم ، ولا تعلقها بأفعالهم وتصرفاتهم جميعها أو انبساطها عليها ، وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها ، وتكامل خصائصها ؛ بانتفاء التخصيص ، ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة عن الاعتداد بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديداً بما لا يلبسها غيرها^(٣).

وتتوفر للقاعدة مقوماتها بانتفاء التخصيص . ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة عن الاعتداد بشخص معين أو بواقعة بذاتها ، فيتمحض النص عن قاعدة عامة مجردة متى انسحب إلى أشخاص بأوصافهم ، وتعلق بوقائع غير محددة بذواتها^(٤).

(١) دستورية عليا في ٥ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ سنة ١٥ قضائية (دستورية) الجريدة الرسمية العدد ٨ في ٢٤ فبراير ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٦ قاعدة رقم ١٥ ص ١٤٠ .
(٢) دستورية عليا في ١٤ مارس سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ١١ تابع (أ) في ١٤ مارس سنة ١٩٩٦ .

(٣) دستورية عليا في ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٧ قاعدة رقم ٩ ص ١٧٦ .

(٤) دستورية عليا في ١٤ مارس سنة ١٩٩٢ ، في القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ٢٨ ص ٢٤٤ .

وقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا أن مرحلة نفاذ القانون أو اللائحة بالنشر تعتبر جزءاً من تكوين كل منهما على أساس أن الصفة الإلزامية للقاعدة القانونية تتوقف على نفاذها بالنشر. وبناء على هذا التأسيس ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى مباشرة رقابتها على القواعد القانونية التي لم يتم نشرها، على أساس أن إخضاع المخاطبين بها لأحكامها يلحق ضرراً بمصالحهم^(١).

وهذا المبدأ محل نظر كما سبق أن بينا، لأن الواضح أن نشر القوانين — أو اللوائح — مرحلة لاحقة على إصدارها، ولا يتعدى أثرها ما يسبق نفاذ القاعدة القانونية الذي يعتبر بطبيعة الأشياء مرحلة لاحقة لتكوين هذه القاعدة، وتقتصر سلطة المحكمة في الرقابة على تكوين القانون من حيث الشكل وعلى دستورية نصوصه من الناحية الموضوعية، دون أن تمتد إلى سلامة نفاذه أو تطبيقه، فتلك مرحلة تدخل في اختصاص القضاء العادى. أما تطبيق القانون أو اللائحة — غير المنشورة — فإنه يعتبر عدواناً مادياً على الحقوق كأثر لتطبيق القانون قبل استكمال مرحلة نفاذه، وليس ضرراً مترتباً على عيب في القانون من حيث الشكل أو الموضوع. على أنه إذا انصب النشر على جزء من القانون دون غيره مما أدى إلى اعتبار الجزء المنشور مخالفاً للدستور، فإنه يخضع للرقابة الدستورية^(٢)، وخاصة في المسائل الجنائية إذا ترتب على عدم نشر ذلك الجزء وقوع غموض.

أثرها: وبفضل الرقابة على دستورية القوانين ساهم القضاء الدستورى في إحداث تغيير جوهري في النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات، وخاصة فيما يتعلق بقواعد قانون العقوبات، وقواعد قانون الإجراءات الجنائية. ويظهر ذلك بوضوح في الدول التي تعتمد أساساً على السوابق القضائية أكثر من اعتمادها على التشريع كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية. وقد لوحظ أن المحكمة الدستورية في أسبانيا قد استخلصت من أصل البراءة عددًا من النتائج المؤثرة في مبادئ الإجراءات الجنائية. كما ساهمت المحكمة الدستورية الإيطالية بقوة في تطوير مبادئ الإجراءات الجنائية في ظل القانون القديم قبل صدور القانون الجديد عام ١٩٨٩^(٣). كما ساهمت المحكمة

(١) دستورية عليا في ٣ يناير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) وهذا هو ما استخلصته المحكمة الدستورية العليا (٣ يناير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٣٦ لسنة ١٩٩٨ قضائية «دستورية».

(٣) Klaus Tiedemann, General report, Revue internationale de droit pénal, 1993, p. 847.

الدستورية العليا في مصر من خلال رقابتها على دستورية القوانين في تصحيح بعض المفاهيم الجنائية سواء فيما يتعلق بقانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجنائية في ضوء الشرعية الدستورية ، مما سمح بإبراز ملامح القانون الدستوري الدستوري الجنائي المصري ، على ما سنبينه في الجزء الثاني من هذا المؤلف .

الفرق بين الرقابة الدستورية والتطبيق المباشر للدستور : وتعتبر المحكمة الدستورية العليا هي الجهة الوحيدة التي اختصها الدستور بولاية الفصل في المسألة الدستورية ، وليس ثمة جهة أخرى يمكن أن تنازعها هذا الاختصاص أو أن تتحلل لنفسها ، وإليها وحدها يعود أمر الفصل في المخالفة الدستورية أيًا كان مدعيها (١) .

ويترب على ذلك أنه في الأحوال التي يرى فيها القضاء العادي أن القانون قد نسخ الدستور بنص صريح ، لا يعتبر حكمه فاصلا في مسألة دستورية . ولا يجوز هذا الحكم بذلك سوى حجية نسبية في مواجهة الخصوم (أطراف النزاع الموضوعي) دون الكافة . مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ٤٤ من الدستور التي نصت على حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون ، قابلة للتطبيق مباشرة ناسخة بقوة الدستور المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التي نصت على خلاف ذلك (٢) . ولم يحز هذا الحكم حجية مطلقة في مواجهة الكافة حتى عرضت ذات المسألة الدستورية على المحكمة الدستورية العليا ، فقضت بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التي كانت تنص على أن لأمر الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ، مخالفة بذلك المادة ٤٤ من الدستور التي جاء نصها عاما مطلقا في اشتراط أن يكون تفتيش المنزل بأمر قضائي مسبب (٣) . في هذه الحالة حاز هذا الحكم حجية مطلقة في مواجهة الكافة لصدوره من المحكمة الدستورية العليا صاحبة الولاية العامة في الرقابة على الدستورية ، فاصلا في المسألة الدستورية موضوع النزاع .

-
- (١) دستورية عليا في ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني) ، قاعدة رقم ١٣ ص ١٥٠ .
- (٢) نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ٢٥٨ . وانظر أيضا نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ مجموعة الأحكام س ٣٦ ص ١٠٢٧ . وراجع مؤلفنا (النقض في المواد الجنائية) ، طبعة ١٩٩٧ ص ١٢٥ و ١٢٦ . وقد صدر حكم آخر لمحكمة النقض باعتبار المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخة بقوة الدستور لمخالفتها المادة ٤١ منه (نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ ص ٧٠٣) ولم يصدر بعد حكم للمحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن .
- (٣) دستورية عليا في ٢ يونيو سنة ١٩٨٤ في القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية» .

٧٣- استبعاد النظر في أعمال السيادة

استقر القضاء على استبعاد (أعمال السيادة) من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلا لدعوى قضائية . وإذا نظرنا إلى أعمال السيادة في أصلها الفرنسي نجد أنها ذات نشأة قضائية . إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعى يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث الذى أقرها بنصوص صريحة في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ومجلس الدولة ؛ وأخرها ما ورد في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادى والقضاء الإدارى على السواء . ويأتى هذا الاستبعاد تحقيقا للاعتبارات السياسية التى تقتضى - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسى اتصالا وثيقا أو بسيادتها في الداخل والخارج - النأى بها عن نطاق الرقابة القضائية ، وذلك لدواعى الحفاظ على كيان الدولة في الداخل والدود عن سيادتها في الخارج ورعاية مصالحها العليا . وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستورى في الدول التى أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وبخاصة في المسائل السياسية التى تعد المجال الحيوى والطبيعى لنظرية أعمال السيادة واستبعادها من نطاق هذه الرقابة ^(١) . وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن العبرة في التكييف القانونى لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها هى بطبيعة هذه الأعمال ذاتها ، التى يجمعها إطار عام هى أنها تصدر عن السياسة العليا للدولة بها لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى وتأمين سلامتها في الداخل والخارج ، والمرد في ذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده ^(٢) .

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا علة ذلك ردا على طعن بعدم دستورية المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية لأنها تحول دون النظر قضائيا في أعمال السيادة بطريق مباشر أو غير مباشر ، فقالت بأن أعمال السلطة التنفيذية التى تعتبر بطبيعتها - وبالنظر إلى خصائصها - مستعصية على موازين التقدير القضائى التى يقتضيها الفصل في صحتها أو بطلانها ، ينبغى ألا تباشر السلطة القضائية رقابتها عليها ، لا لأنها فوق

(١) دستورية عليا في ٢١ يناير سنة ١٩٨٤ القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٣ قاعدة رقم ٣ ص ٢٢ .

(٢) دستورية عليا في ٢١ يناير سنة ١٩٨٤ سالف الذكر .

الدستور أو القانون بما يحول دون خضوع الجهة التي أصدرتها لكل أشكال مسؤوليتها عنها، وإنما لأن ضوابط معايير الفصل في مشروعيتها، لا تنهياً للسلطة القضائية بكل أفرعها^(١).

وتطبيقاً لما تقدم حكم بأن اتفاقية تنظيم الجيوش العربية في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، التي وافق عليها مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية في ١١ سبتمبر سنة ١٩٦٥، تعتبر من أعمال السيادة، ومن ثم لا تختص المحكمة الدستورية العليا بالطعن بعدم دستورية ما نصت عليه الاتفاقية بشأن حجب القضاء المصري عن نظر كافة المنازعات التي تنشأ بين القوات الحليفة وبين المواطنين^(٢) المصريين، وحرمانهم من التقاضى والالتجاء إلى القاضى الطبيعى، خلافاً للمادة ٦٨ من الدستور.

وواقع الأمر أن بعض الاتفاقيات الدولية - كما عبر مارشال رئيس المحكمة الاتحادية الأمريكية، تعتبر بحسب طبيعتها عقداً بين أمتين nations ولا تعتبر عملاً تشريعياً، وهى بحسب نصوصها تخاطب السلطة السياسية للدولة^(٣). وقد حدثت هذه الاعتبارات السياسية إلى تقرير انعدام الرقابة على دستورية المعاهدات^(٤).

كما حكم بأن قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب، إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة الناخبين التي تمثل القاعدة الشعبية في أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، ويتصل بتكوين هذه السلطة. وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التي تتعلق بممارسة سلطة الحكم، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التي تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسؤولية السياسية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء^(٥).

يلاحظ أن هناك تشريعات تتصل بالسياسة العليا للدولة لا تنجو من الرقابة الدستورية، وهى:

١ - التشريعات التي تسبقها موافقة شعبية على مبادئها من خلال الاستفتاء. فهذا

(١) دستورية عليا في ٦ يونيو سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٣٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا في ٢١ يناير سنة ١٩٨٤ سالف الذكر.

(٣) Foste v. neilson, 2 pet. (27 U.S.) 235, 314 (1829).

(٤) P. Juillard, la politique d'autolimitation de la Cour suprême des Etats - Unis.

(٥) دستورية عليا في ٩ أكتوبر سنة ١٩٩٠ في القضية رقم ٤ لسنة ١٢ قضائية «منازعة تنفيذ»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٤ قاعدة رقم ٢٤ ص ٥٢.

الاستفتاء لا يصحح ما يشوب النصوص التشريعية المقننة إلى مرتبة النصوص الدستورية^(١).

- ٢- القوانين الانتخابية - فهي ليست من أعمال السيادة، وتخضع للرقابة الدستورية^(٢).
- ٣- القرارات الجمهورية بقانون الصادرة في غيبة البرلمان (المادة ١٤٧ من الدستور)^(٣).
- ٤- قوانين التفويض الصادرة بناء على تفويض المجلس طبقاً للمادة ١٠٨ من الدستور^(٤).
- ٥- الاستيلاء على الأراضي الزراعية طبقاً لقانون الإصلاح الزراعي (المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢) دون إعطاء الملاك الحق في التعويض لا يعتبر من أعمال السيادة التي تنأى عن الرقابة الدستورية^(٥).

٧٤- الرقابة الدستورية على النصوص التشريعية في الاتفاقيات الدولية

تخضع دستورية المعاهدات إما لرقابة سابقة على دخولها في التطبيق، أو رقابة لاحقة أي بعد العمل بها. وقد استند الاتجاه المناهض للرقابة السابقة إلى أن العلاقات الدولية سوف تتأثر إذا ما تعرض القاضي الدستوري للمعاهدة، بما يؤدي إلى إبطال أحد نصوصها رغم أن هذا النص قد تم الاتفاق عليه مع أطراف أخرى غير الدولة التي أبطل القضاء الدستوري أحد نصوصها، الأمر الذي قد يثير مسؤولية الدولة في مواجهة سائر أطراف المعاهدة.

كما أنها تتجنب تحفظ الدولة بالنص على موافقتها بما لا يتعارض مع دستورها لأن المادة ١٩ من اتفاقية فيينا بشأن المعاهدات تمنع كل تحفظ لا يتفق مع موضوع المعاهدة أو هدفها. وبالنسبة إلى الرقابة السابقة على المعاهدات، فتتحقق بخضوع القوانين الصادرة بالتصديق عليها لرقابة المحكمة الدستورية التي تراجع مدى مطابقتها للدستور، وذلك بعد التصويت عليها من البرلمان وقبل التصديق عليها من رئيس الدولة. وتأخذ بالرقابة السابقة جميع الدول الأوروبية - عدا بولندا^(٦).

- (١) دستورية عليا في ٢١ يونية ١٩٨٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٣ قاعدة رقم ٥١ ص ٣٥٣.
- (٢) دستورية عليا في ١٦ مايو ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٤ قاعدة رقم ٥ ص ٣١، ١٩ مايو ١٩٩٠ ج ٤ قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦.
- (٣) دستورية عليا في ٤ مايو ١٩٨٥ القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٣ قاعدة ٩، ص ٩٥.
- (٤) دستورية عليا في ١٦ مايو ١٩٩٢ القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول)، قاعدة ٣٥، ص ٣٦٣.
- (٥) دستورية عليا في يونية ١٩٨٣ في القضية رقم ٢ لسنة ١ قضائية «دستورية».
- (٦) D.Rousseau; La justice constitutionnelle Europe, Mantchrestien, 1992, p.93.

ففى فرنسا تخضع قوانين التصديق على المعاهدات للرقابة السابقة للمجلس الدستورى، وذلك باعتبارها جزءا من القوانين العادية. ففى جميع الأحوال التى يلزم فيها موافقة البرلمان للتصديق على المعاهدة تتم الرقابة السابقة إما قبل تصويت البرلمان أو بعده طبقا للمادة ٥٤ من الدستور ووفقا للإجراءات التى نصت عليها ٦١ من الدستور^(١). وعند تطبيق المادة ١١ من الدستور التى يلزم فيها استفتاء الشعب على مشروع القانون الذى يميز التصديق على المعاهدة التى لها آثار جانبية على سير المؤسسات، يتعين طبقا للمادة ٦٠ من الدستور أن يراقب المجلس الدستورى مشروعية عمليات الاستفتاء. وقد ذهب الفقه الفرنسى إلى حق المجلس الدستورى فى هذه الحالة فى مراقبة مدى تضمن المعاهدة نصوصا مخالفة للدستور^(٢).

ومن أهم الدساتير التى أخذت بالرقابة السابقة، دساتير كل من أسبانيا والبرتغال وألمانيا^(٣). ومن خلال الرقابة السابقة فى أسبانيا على قوانين التصديق على المعاهدات يمكن مراقبة عدم تعارض الأحكام الموضوعية للمعاهدة مع الدستور.

وبجانب نظام الرقابة السابقة، فقد أجازت بعض الدساتير الرقابة اللاحقة على دستورية المعاهدات، كما هو الحال فى ألمانيا وأسبانيا.

وفى مصر، أجازت المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية نصوص الاتفاقيات الدولية التى تخرج عن نطاق أعمال السيادة، وذهبت إلى أن الطعن بعدم دستورية نص فى اتفاقية دولية إنما يطرح بحكم اللزوم توفر المتطلبات الشكلية التى استلزمها المادة ١٥١ من الدستور ليكون للاتفاقية قوة القانون، وذلك فيما يتعلق بإبرامها والموافقة والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. وتطبيقا لذلك قضت بدستورية اتفاقية تأسيس المصرف العربى الدولى التى تستبعد تطبيق قانون عقد العمل الفردى على العاملين بالمصرف^(٤). ودستورية اتفاقية التعويضات المبرمة بين الحكومتين

(١) انظر: F. Luchaire, le conseil constitutionnel, Tome I - Organisation et Attributions, Eco-nomica, 2e édition refondue, 1997, No.226,p.215.

(٢) F. Luchaire, op. cit., No.231, p.220.

(٣) Wolfgang Zeidler, Cour constitutionnelle Fédérale Allemande, Annuaire Interna-tional de justice constitutionnelle, 1987, op. cit., p.37,38.

(٤) دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية - الجريدة الرسمية، العدد ٢٧ (تابع) فى ٨ من يولية سنة ١٩٩٣.

المصرية واليونانية^(١). وأكدت المحكمة الدستورية العليا أن رقابتها القضائية على الدستورية مناطها تعارض النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور المصري، ولا يمتد إلى أية قواعد أخرى لها من زاوية المحتوى الموضوعي خصائص القواعد الدستورية، فإذا صدرت باستفتاء شعبي كالاستفتاء على إقامة اتحاد الجمهورية العربية، فإنه لا يجوز إقحام هذه القواعد - بفرض استمرار نفاذها - في نطاق الدستور المصري^(٢).

وقد اتجهت المحكمة الدستورية الألمانية إلى بسط رقابتها اللاحقة على دستورية المعاهدات. ومثال ذلك قضية الطعن في دستورية معاهدة ماستريخت Maastricht، فبناء على طعن من أحد الأفراد، انتهت المحكمة الألمانية إلى دستورية المعاهدة، إلا أنها وضعت عدة تحفظات على تفسيرها، مما أدى من الناحية العملية إلى تعديل بعض الاصطلاحات المستخدمة في المعاهدة^(٣). وقد لوحظ أن هذا النهج الدستوري، وإن كان قد أدى إلى احترام الحقوق الفردية للطاعن، إلا أنه أدى إلى مخالفة غير ظاهرة للتعهدات الدولية^(٤).

ويلاحظ أن الفصل في مدى دستورية نصوص الاتفاقيات أو المعاهدات - الدولية - يتوقف على تفسيرها. وفي هذا الشأن ظهرت ثلاثة اتجاهات في التفسير، يذهب أولها إلى التقيد بنصوص الاتفاقية وتحليل كلماتها، بينما يذهب الثاني إلى الاعتماد على نية أطراف الاتفاقية، ويذهب الاتجاه الثالث إلى التأكيد على موضوع الاتفاقية والغرض منها لتحديد معاني الاتفاقية^(٥). وقد وفقت اتفاقية فيينا الصادرة سنة ١٩٦٩ بشأن قانون

(١) دستورية عليا في ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ١٣ ص ١٥٠.

(٢) دستورية عليا في ٢ مارس سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٧ قاعدة رقم ٢٩ ص ٥٠٧.

(٣) 1995, Fromont, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle", Revue de droit public, p.349.

(٤) Fromont, La Justice constitutionnelle dans le monde, op. cit., p.100.

(٥) Malcolm N. Show; International law, fourth edition, cambridge university press, 1997, p.655, 656.

وانظر في الموضوع: Eid Ahmed El - Ghafloul; L'insertion et la force obligatoire des normes internationales conventionnelles en droit interne Egyptien, Thèse de doctorat, Université de pantheon, Assas (Paris II).

المعاهدات بين هذه الاتجاهات المختلفة فأرست في المادة ٣١ منها معيار التفسير في صور العرف الدولي، إذ نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على أن كل معاهدة يجب تفسيرها (في إطار من حسن النية ووفقا للمعنى المعتاد لعباراتها في السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة، أو الغرض منها). وذهبت محكمة العدل الدولية في قضية اختصاص الجمعية العامة بقبول دولة لعضوية الأمم المتحدة، إلى أن الواجب الأول للمحكمة التي دعيت لتفسير وتطبيق نصوص المعاهدة هو محاولة إعطاء الأثر لهذه النصوص بمعنيها الطبيعي والعادي في السياق الواردة فيه^(١).

ويلاحظ أيضا أن المادة ٤٦ من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات قد نصت على أنه لا يجوز للدولة أن تتمسك بعدم صحة الاتفاقية على أساس أن موافقتها على الاتفاقية قد تمت بالمخالفة لقانونها الداخلي فيما يتعلق بسلطانها في إبرام المعاهدات ما لم تكن هذه المخالفة واضحة وتتعلق بقاعدة من القواعد الأساسية في قانونها الداخلي. وتعتبر المخالفة واضحة إذا كانت مؤكدة من الناحية الموضوعية لدى أي دولة تدبر شئونها في إطار من الممارسة المعتادة وبحسن نية.

وهذا الذي نصت عليه المادة ٤٦ بشأن عدم صحة الاتفاقية ليس إلا تطبيقا لعدم دستورية نصوص المعاهدة إذا ما خالفت نصوص الدستور التي تعتبر بلاشك من القواعد الأساسية في القانون الداخلي، مما أدى ببعض الدول كما أوضحنا فيما تقدم إلى الأخذ بالرقابة الدستورية السابقة على المعاهدات^(٢).

Malcolm N. Show, p.656.

(١) انظر:

(٢) انظر ما تقدم بند ٤٨ .

المبحث الثانى الرقابة على امتناع المشرع

ثار البحث حول مدى الرقابة الدستورية على امتناع "Omission" المشرع عن إصدار قاعدة قانونية معينة . وباستقراء النظم الدستورية يبين أنها قد اتخذت مواقف مختلفة في هذا الشأن .

٧٥- إجازة الرقابة على امتناع المشرع

قررت بعض النظم الدستورية صراحة فتح باب الرقابة الدستورية على امتناع المشرع ، مثال ذلك البرتغال والمجر . فقد نص الدستور البرتغالى على حق كل من رئيس الجمهورية ، والأومبدسان ، ورؤساء الجمعيات الإقليمية (بالنسبة للقوانين الإقليمية) فى أن يطلب من المحكمة الدستورية التحقق من عدم الدستورية إذا لم يتخذ المشرع التدابير التشريعية اللازمة لتطبيقها^(١) ، كما نص الدستور المجرى على مراقبة امتناع المشرع ، فأجاز للمحكمة الدستورية من تلقاء نفسها أن تشير على البرلمان بإصدار تشريعات معينة خلال مهلة معينة . إلا أن عدم احترام هذه المهلة لا يؤدي إلى نتيجة محددة^(٢) .

٧٦- دعوة المحكمة للمشرع لاستيفاء النقص التشريعى

أما فى النظم القانونية الأخرى التى لم تعالج صراحة امتناع المشرع عن إصدار قواعد قانونية معينة ، فإن المشكلة لم تغب عن المحاكم الدستورية بها ، فقد تم حلولاً مختلفة

(١) انظر: Almeida, Le Tribunal constitutionnel Portugais Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1987, p.200, 201.

(٢) Tröcsányi, la justice constitutionnelle en Hongrie, la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.70, 71.

لها: ففي ألمانيا، ذهبت المحكمة الدستورية الاتحادية في بعض أحكامها إلى توجيه نداء إلى المشرع لوضع قواعد قانونية. مثال ذلك، أنه في عام ١٩٦٩ أى بعد مضي عشرين عاما على نشر الدستور الاتحادى الألمانى، انتهت المحكمة الدستورية الألمانية إلى أنه قد مضى وقت كاف كان يسمح للمشرع باستيفاء واجبه المنصوص عليه صراحة وبوضوح في الدستور لوضع الشروط القانونية الواجب توافرها في الأطفال الطبيعيين *naturels* والأطفال الشرعيين *Légitimes*، وأنه من غير المقبول استمرار هذا النقص إلى نهاية المدة الدستورية للبرلمان القائم^(١). وفي قضية أخرى ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية إلى أن امتناع المشرع عن وضع حقوق وواجبات المسجون لا يعتبر في ذاته مخالفا للدستور، وأضافت المحكمة أن الامتناع المذكور يمكن تحمله لمدة أخرى مؤقتة هي المدة المتبقية للبرلمان^(٢). وفي حالات أخرى رأت المحكمة الدستورية الألمانية أن القاعدة القانونية التشريعية مقبولة من الوجهة الدستورية إلا أنها رأت في ذات الوقت أن الدستور يتطلب تعديل هذه القاعدة في ضوء التغيرات الاجتماعية وعدم التناسب المتزايد بين المراكز القانونية الواحدة مما يخل بمبدأ المساواة. وقضت في عام ١٩٦٨ بأن تحديد قيمة الأوراق المالية وفقا للسعر المطبق في السوق، يتطلب إعادة النظر من جانب المشرع في ضوء التغيرات الاقتصادية، ودعت المشرع إلى تفضي هذا النقص في مدة معينة^(٣).

٧٧- الرقابة الدستورية غير المباشرة على امتناع المشرع

لا يعتبر النقص التشريعي بذاته محلا للرقابة الدستورية في النمسا ما لم يترتب عليه اعتبار قاعدة قانونية أخرى مخالفة للدستور. مثال ذلك أن المادة ١٨ / ٢ من الدستور

(١) لقد كانت المدة المتبقية للبرلمان (البوندستاغ) ٦ شهور استطاع فيها أن يضع مشروع قانون يستوفى فيه ما أوجبه الدستور، إلا أن البرلمان فشل في إقراره بسبب مقاومة من بعض أصحاب المصالح. ونظرا لعدم استيفاء البرلمان التزامه الدستوري في المدة التي حددتها له المحكمة الدستورية العليا، فقد استطاعت المحاكم أن تجد حلا قضائيا في ضوء خبراتها في موضوعات مشابهة. انظر:

Wolfgang Zeidler, op. cit., p.45.

(٢) ورغم أن لائحة مصلحة السجون قد حددت هذه الحقوق والواجبات إلا أنه روى أن هذا التحديد هو من اختصاص المشرع وحده. ويلاحظ أنه خلال المدة التي حددتها المحكمة الدستورية صدر قرار بحل البرلمان الألماني مما اضطر المحكمة إلى مد المهلة المقررة للبرلمان. انظر: Zeidler, op. cit., p.46.

Zeiler, op. cit., p.47.

(٣)

وانظر أمثلة أخرى في ص ٤٧ و ٤٨ من هذا المرجع.

النمساوى نصت على واجب المشرع الذى ينظم مسألة تدخل فى مجال اختصاص المحليات، أن ينص على ذلك صراحة، مما أدى بالمحكمة الدستورية الألمانية إلى أن تقضى بعدم دستورية قانون لم ينص على أن المسألة التى ينظمها تدخل فى اختصاص المحليات. وقضت المحكمة الدستورية النمساوية أن إغفال المشرع مراعاة التغيرات الواقعية الناجمة عن تعديل قانون الأسرة، يمكن أن ينشئ وضعاً منافياً للمساواة، الأمر الذى يؤدى إلى أن قاعدة - كانت بحسب الأصل مطابقة للمساواة - أصبحت مخالفة لمبدأ المساواة (بالنسبة إلى التعويضات المقررة للأرامل والمحاليين إلى المعاش). وهنا يلاحظ أن موقف المحكمة الدستورية الألمانية تجاه امتناع المشرع لا ينصب على مراقبة الامتناع فى حد ذاته، وإنما ينصب على القاعدة التشريعية التى تأثرت بهذا الامتناع^(١).

وفى إيطاليا، ميز جانب من الفقه الدستورى بين الامتناع التشريعى المطلق عن معالجة موضوع معين، والامتناع النسبى الذى يقتصر فيه المشرع على الامتناع النسبى عن الاستجابة لنصوص الدستور، وانتهى هذا الرأى إلى أنه لا محل للرقابة الدستورية على الامتناع المطلق مع اقتصرها على الامتناع النسبى وحده. وقيل بأن هناك قواعد دستورية لم يرد بشأنها نص تشريعى لتنفيذها، إلا أنه أمكن للقضاء العادى تطبيقها مباشرة، إلا أن الإغفال النسبى للمشرع فى معالجة موضوع معين خلافاً للدستور قد يمس الضمانات القانونية التى يجب التمتع بها، فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة. إلا أن البعض فضل العدول عن هذا التمييز قائلاً بأن ما يسمى بالإغفال المطلق للمشرع يمكن اعتباره مندرجاً فى قائمة حالات الإغفال النسبى. وقد ذهب البعض الآخر إلى إنكار الرقابة الدستورية على الامتناع (أو الإغفال التشريعى) باعتبار أن هذه الرقابة ترد على قواعد لا وجود لها "Inexistantes"، وأن ثمرة الرقابة على الامتناع لا تتحقق لأنه يتمثل بإبطال قاعدة لا وجود لها ولا يمكن أن تنسب قاعدة لا وجود لها إلى إرادة المشرع. إلا أن الفقه السائد انتهى إلى قابلية امتناع المشرع للرقابة الدستورية باعتبار أن الامتناع يرد على النص التشريعى دون القاعدة القانونية، والتى يمكن استخلاص معناها بطريق التفسير من أحد نصوص القانون فى ضوء إغفال المشرع وضع نص آخر. وقيل

(١) انظر:

Autrichienne; Steinhors; Cour constitutionnelle Annuaire International de constitutionnelle, Economica, 1987, op. cit., p.65,66.

بأن إغفال المشرع لا يؤدي بالضرورة إلى عدم وجود قاعدة قانونية؛ إنما على العكس من ذلك قد يؤدي إلى وجود قاعدة سلبية "Norme négative" لها مدلول معين هو النهي عن أداء واجب أو رخصة^(١).

وفي فرنسا، راقب المجلس الدستوري الفرنسي امتناع المشرع عن إصدار قاعدة قانونية واجبة، مستصحباً في ذلك ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من مراقبة القرارات الإدارية السلبية. وذهب الفقه الفرنسي إلى أن امتناع المشرع هو عدم الاختصاص السلبي "Incompétence négative" ينطوي في ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته "Excès de pouvoir"، وأن عدم الاختصاص السلبي المذكور يشبه تماماً عدم الاختصاص الإيجابي "L'incompétence positive"، المتمثل في إصدار قواعد تشريعية خارج مجال اختصاصه كما هو الشأن عندما يتدخل البرلمان فيصدر قراراً يدخل في اختصاص سلطة أخرى^(٢).

وذهب المجلس الدستوري الفرنسي في عدة مناسبات إلى مراقبة دستورية التشريع إذا لم تمارس السلطة التشريعية اختصاصها بصورة كاملة على النحو الذي رسمه الدستور، وبوجه خاص المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي. مثال ذلك إغفال التشريع تحديد وعاء الضريبة وفئات الممولين وكيفية تحصيلها^(٣). ويعتبر من قبيل ذلك تنازل المشرع عن اختصاصه عن الحكومة في مسائل تدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية^(٤) كما حدده الدستور، وكذلك ما قرره المجلس الدستوري من عدم دستورية نصوص في قانون أساسي "Organique" يتعلق باستقلال القضاة وعدم قابليتهم العزل، بسبب تركه تحديد شروط شغل بعض الوظائف القضائية لللائحة الإدارية^(٥).

(١) انظر:

Thierry di Manno; Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie, *Economica*, 1997, p.234-236.

(٢) George Schmitter; L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives; *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, *Economica*, 1989, p.141, 142.

Déc no. 90-283 du 8 janvier 1991, *Recueil, jur. const.*(59-93) p. 417. (٣)

Déc no. 90-283 du 8 juillet 1984, *Recueil, op. cit.*, p. 187. (٤) مثال ذلك :

Déc no. 83-162 du 19 et 20 juillet 1993, *Recueil, op. cit.*, p. 157.

Déc no. 93-323 du 5 août 1993, *Recueil, op. cit.*, p. 213.

Déc no. 93-322 du 28 juillet 1993, *Recueil, op. cit.*, p. 301.

Déc no. 92-305 du 21 févr. 1992, *Recueil, op. cit.*, p. 483. (٥) انظر:

وفي مجال قانون العقوبات قرر المجلس الدستوري عدم دستورية النص الذي يمتنع فيه المشرع عن تحديد الجرائم بصورة كافية، مما يمس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات^(١). واستخلص جانب من الفقه الدستوري من موقف المجلس الدستوري أن المشرع الدستوري وقد خول المشرع العادي عددا من الاختصاصات، فلا يجوز لهذا الأخير أن ينكرها وإلا أصبح مخالفا لمبدأ الفصل بين السلطات^(٢).

ومن المقرر أنه لا يجوز تبرير امتناع المشرع بممارسته سلطته التقديرية التي تعتبر بمنأى عن الرقابة الدستورية، ذلك أن السلطة التقديرية يجب ألا تكون سلطة تحكمية، فهي لا تمارس بعيدا عن الشرعية. والرقابة على امتناع المشرع لا تتحقق على أية حال إلا عندما يفرض الدستور التزاما على المشرع باتخاذ موقف معين فيخالف هذا الالتزام^(٣).

وقد أصدرت المحكمة الدستورية الإيطالية في هذا الشأن حكما شهيرا سنة ١٩٧١ يتعلق بحق المدافع في الحضور أثناء استجواب المتهم في مرحلة التحقيق، مؤكدة أن إعلانها بعدم دستورية المادة ٣٠٤ مكررا من قانون الإجراءات الجنائية بصفة جزئية قد أصدرته بحكم سلطتها التي أملت عليها إلغاء القواعد المخالفة للدستور، وذلك لأن إغفال المشرع النص على هذا الحق يعتبر مخالفا للمبادئ الدستورية، باعتبار أن هذا الإغفال يمس الضمانات التي أكدها الدستور. ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة مارست رقابتها الدستورية على نص تشريعي فاستخلصت معناه في ضوء إغفال الإشارة إلى هذا الحق. وقالت المحكمة إن محل الحكم هو القاعدة القانونية التي حكم بإعلان عدم دستورتها جزئيا وليس مجرد امتناع المشرع^(٤). ويتبين من استقراء الفقه والقضاء في إيطاليا أن المشكلة لا تتعلق بالرقابة الدستورية على امتناع المشرع عن وضع قاعدة قانونية معينة، وإنما تتعلق بحدود سلطتها في الرقابة. وقد التجأت المحكمة الدستورية الإيطالية إلى عدة وسائل فنية في التفسير لتمكينها من الرقابة الدستورية للقواعد القانونية في ضوء امتناع المشرع عن النص على بعض الأحكام القانونية. ومن هذه الوسائل، الأحكام المضيفة "Arrêts additifs"، وهذا النوع من الأحكام يندرج تحت

84-176 Dc du 25 juillet 1984, Rec. ss.

G. Schmitter, op. cit., p.148.

G. Schmitter, op. cit., p.164.

Thierry Di Manno, op. cit., p.236, 237.

(١)

(٢)

(٣)

(٤) انظر:

ما يسمى بالأحكام التي تعتمد على الالتفاف حول معنى النص دون المساس بتكوينه الشكلي . ويستخدم هذا النوع من الأحكام في الفروض التي يكون فيها النطاق القاعدي للنص أقل مما يجب أن يكون عليه حتى يتفق مع أحكام الدستور . وقد قيل بأن الأحكام المضيفة تعلن عدم دستورية إغفال أمر كان يجب أن يتضمنه التشريع . وبعبارة أخرى ، فإن عدم الدستورية يرجع لا لأن القانون نص على أمر معين ، وإنما لأنه لم ينص على هذا الأمر^(١) . فما تدينه المحكمة الدستورية هو سكوت التشريع "Silence de la loi" . مثال ذلك ، الحكم الصادر في سنة ١٩٦٣ بدستورية المادة ١/١١ من القانون رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٨ بإنشاء مجلس القضاء الأعلى . فقد اشترطت هذه المادة بشأن بحث شئون رجال القضاء أن يكون ذلك بناء على طلب وزير العدل . ففي هذا الخصوص لا يعتبر النص التشريعي المذكور مخالفا للدستور ، إلا إذا استبعد ضمنا حق المجلس ذاته من تلقاء نفسه في بحث شئون رجال القضاء ، ولهذا أعلنت المحكمة حق مجلس القضاء الأعلى في أن يبحث من تلقاء نفسه شئون رجال القضاء^(٢) ، وفسرت المحكمة بما يضيف إلى هذا النقص "Additifs" وتأويله بأنه لا يطمس حق المجلس من تلقاء نفسه في أن يبحث شئون رجال القضاء . ومن ناحية أخرى ، فإن الأحكام المضيفة لا تقتصر على إدانة إغفال المشرع ، وإنما قد تعمل على إصلاحها أو إعطاء النص تفسيرا يعالج هذا الإغفال بما يتفق مع الدستور لتبرير الحكم برفض دعوى الدستورية . مثال ذلك ، ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية سنة ١٩٩٤ بشأن المادة ٤١٩ من قانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٨٨ ، في الفقرة

(١) وقد لوحظ أن المحكمة الدستورية تعلن عدم دستورية التشريع في الجزء الذي لم ينص عليه التشريع ، خلافا لما كان يجب عليه أن يتضمنه . وقد استخدمت أحكام المحكمة عدة اصطلاحات مختلفة ، مثل عدم دستورية النص الذي شابته إغفال تشريعي لأمر معين ، أو النص الذي لم يتضمن هذا الأمر ، أو النص الذي لم يمتد إلى هذا الأمر ، أو لم يستبعد هذا الأمر ، أو لم يواجهه ، أو لم يضعه موضع الاعتبار ، أو لم يقيدده ، أو لم يلاحظه . (انظر في ذلك أحكاما مختلفة صدرت في الفترة ما بين سنة ١٩٨٧ و سنة ١٩٩٥) .

(٢) هو الحكم رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦٣ انظر: Thierry di Manno, op. cit., p.240.

وقد حكم أيضا بعدم دستورية نص المادة ٣٤/٢ من المرسوم الصادر سنة ١٩٤٦ بشأن ضمانات رجال القضاء الذي لا يميز للقاضي المحال إلى مجلس التأديب إلا أن يستعين بأحد رجال القضاء للدفاع عنه ، وذلك لأنه لم يحول المجلس سلطة تعيين مدافع عنه من رجال القضاء إذا عجز المحال إلى المجلس عن وجود من يستعين به للدفاع عنه .

Thierry Di Manno, p.244.

انظر:

الثالثة من هذه المادة بشأن المدة التى يتعين فيها على النيابة العامة إرسال ملف التحقيق التكميلى الذى قامت به بعد تقديم طلب إلى قاضى الإحالة لمحاكمة المتهم، الأمر الذى يعتبر مساسا بحقوق الدفاع المقررة فى المادة ٢٤ من الدستور الإيטالى، مما يحول دون تقديم دفاع المتهم أمام قاضى الإحالة الذى تنظر الدعوى أمامه على وجه السرعة. إلا أن المحكمة الدستورية رفضت الدعوى الدستورية استنادا إلى بقية مواد قانون الإجراءات الجنائية التى تضمن شفوية المرافعة فى حضور الخصوم، وقالت المحكمة الدستورية أنه إذا أحيل ملف التحقيق التكميلى فى مدة لا تسمح للدفاع بإعداد دفاعه، فإنه يتعين على قاضى الإحالة معالجة الموضوع بطريقة تحقق التوازن بين سرعة الإجراءات، وضمان فاعلية شفوية المرافعة فى حضور الخصوم^(١).

وقد قضت المحكمة الدستورية البلغارية بأن كلاً من الدستور والقانون لا يميز الرقابة الدستورية على مجرد امتناع المشرع، ولا محل للرقابة إلا على العيوب الدستورية التى تشوب القواعد القانونية بسبب امتناع المشرع، مثال ذلك، الحكم بعدم دستورية قانون الموازنة بسبب رفض المجلس فى إطار موازنة القضاء وضع ميزانية مستقلة لمجلس القضاء الأعلى^(٢).

٧٨- الرقابة الدستورية غير المباشرة على امتناع المشرع فى مصر

أما فى مصر، فإن المحكمة الدستورية العليا لم ترأى أن إغفال المشرع معالجة وضع معين طبقاً للدستور فى حد ذاته، وإنما انصببت رقابتها على النص التشريعى فى ضوء الإغفال التشريعى. مثال ذلك، ما قضت به فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ من عدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٥٠ لسنة ١٩٨٦ بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علة بالبحر الأحمر وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التى تبين النطاق المكانى لتلك المحميات. ويلاحظ أن إغفال القرار اللائحى المذكور لحدود النطاق المكانى للمحميات الطبيعية المشار إليها فى هذا القرار جاء مخالفاً لمبدأ

Thierry Di Manno, p.250.

(١) انظر أيضاً:

Décision No.17/1995, (Karagiozovo - Pinkovo, la justice constitutionnelle en Europe centrale, p.25,26. (٢)

شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في المادة ٦٦ من الدستور لأنه يؤدي إلى عدم ذكر الأفعال التي جرمها القانون^(١). إلا أن المحكمة الدستورية أشارت في أسباب حكمها إلى ما مؤداه أن نشر الخريطة يعتبر من الأعمال المكونة للتشريع^(٢)، وهو محل نظر.

ومن ناحية أخرى، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ لخلوه مما يحتم سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، تأسيساً على أن هذا الخلو يجعل مضمونه دائراً في الفراغ، ولا يجوز أن يبنى عليه اتهام^(٣). وواضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد أدانت إغفال المشرع تقرير حق دستوري لما يترتب على هذا الإغفال من تشويه مضمون النص، فامتد بذلك عدم الدستورية إلى إغفال المشرع للنص على وجوب سماع العضو. ويتمثل تنفيذ هذا الحكم في دعوة المشرع إلى إيراد نص بهذا المعنى. ولكننا نلاحظ على الحكم المذكور أن المبادئ العامة تحتّم سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، وكان يتعين على المحكمة استيفاء عدم النص على ذلك صراحة في ضوء القواعد العامة، وخاصة أن إغفال سماع العضو لا يعنى المنع. كما قضت المحكمة الدستورية العليا في ٢٠ مارس سنة ١٩٩٣ برفض الدعوى الدستورية القائمة على عدم صدور قرار من وزير الإسكان والتعمير بحد نطاق سريان أحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على القرى، مما أدى إلى حرمان سكان القرى من الحماية القانونية المقررة لسكان المدن، الأمر الذي يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة؛ فقد رأت المحكمة أن الطعن ينصب على القاعدة القانونية التي تسمح للمشرع بأن يمد نطاق أحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ كلها أو بعضها إلى القرى، وأن هذا الامتداد تحكمه حالة الضرورة المرتبطة بأوضاع كل قرية وظروفها الخاصة، ذلك خلافاً للمدن التي أفصح الواقع العملي عن أن أزمة الإسكان واقعة أصلاً في نطاقها، وأن ما فعله المشرع يدخل في حدود سلطته

(١) انظر الحكم المذكور في مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٢٨ ص ٣٥٨. ويلاحظ أن إغفال النطاق المكاني للمحميات في قرار رئيس مجلس الوزراء كان راجعاً إلى عدم نشر الخريطة التي أحال إليها القرار.

(٢) دستورية عليا في ١٩ مارس سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٢ في ١٩ مارس سنة ١٩٩٨.

(٣) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١٦٢ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٢) في ١٩ مارس سنة ١٩٩٨.

التقديرية ، فضلا عن أن النص المطعون عليه لا يخل بمبدأ المساواة ، نظرا لأن التمييز الذى تضمنه جاء فى إطار المصلحة العامة ، ومستندا إلى أسس موضوعية^(١) . ويلاحظ على هذا الحكم أن الإغفال التشريعى عن مد أحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لم تعتبره المحكمة الدستورية العليا مؤثرا فى دستورية القانون المذكور للأسباب التى أوردتها ، وهو ما يفيد أن المحكمة مارست رقابتها على نصوص القانون المذكور لا على الإغفال التشريعى ذاته الخاص بمد أحكام القانون إلى القرى .

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ١٣ من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٣ فى مجال تطبيقها على الملكية الخاصة ، وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض للمالك عن اعتبار ملكه أثرا ، على أساس أن المادة الرابعة من القانون المذكور اعتبرت مبان أثرية المباني التى اعتبرت كذلك وسجلت بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة ، وحظر نص المادة ١٣ المطعون عليه هدم العقار الذى اعتبر أثرا - كله أو بعضه - أو إخراج جزء منه من جمهورية مصر العربية ، ليمتنع على ماله استعمله فى كل ما أعد له أو ما يمكن أن يستعمل فيه ، أو الحصول على أى مزية يمكن أن تتحقق من تصدير جزء منه إلى الخارج ، كما غل يده عن تجديد العقار أو تغيير معالنه على أى وجه إلا بموافقة الجهة الإدارية القائمة على شئون الآثار ، وبالطريقة التى تراها وبناء على ترخيص منها كما أوجب الحصول على موافقة كتابية من تلك الجهة عن كل تصرف يرد على العقار لتبدى رأيا فيه خلال أجل معين يعتبر انقضاؤه بغير رد منها بمثابة قرار برفض التصرف ، متتهكا بذلك حرية المالك فى التصرف فى ملكه ، كما أطلق يد الجهة المذكورة فى أن تباشر فى أى وقت على نفقتها ما تراه من أعمال لازمة لصيانة الأثر . وقالت المحكمة الدستورية العليا إنه متى كان النص الطعن قد عطل - دون تعويض - كل خيار لملك العقار فى توجيهه الوجهة التى يقدر أنها فى صالحه ، حائلا بذلك دون الانتفاع به اقتصاديا فى الأغراض المقصودة منه ، فإنه يتمحض تدميرا للملكية الخاصة لا تسامح فيه أيا كان نطاق المصلحة التى يتذرع بها المشرع ، ذلك أن مشروعية المصلحة تحدها قواعد الدستور ، إذ هى مدخلها وقاعدة بنيانها ، ولا يتصور أن تقوم مصلحة على خلافها^(٢) .

(١) انظر مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ ، (المجلد الثانى) قاعدة رقم ١٩ ص ٢٢٦ .
(٢) دستورية عليا فى ٢ مايو سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٨٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» ، ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا فى هذا الحكم قد نوهت إلى أمرين : (الأول) أن المشرع قيد من دائرة التعويض ، فهو لم يقره إلا لصالح الجهة الإدارية وحدها وفى الحالة المنصوص عليها فى البند (٤) من المادة ١٣ من =

واستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز مد رقابتها الدستورية على التشريعات الصادرة قبل التعديل الدستوري في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ بسبب عدم الالتزام بما نصت عليه المادة الثانية من الدستور في ضوء التعديل المذكور من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، استنادا إلى أن الدستور - واعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل - قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداه إلزامها فيما تقره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية. بعد أن اعتبرها الدستور أصلا يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، ودون ما إخلال بالضوابط الأخرى التي فرضها الدستور على السلطة التشريعية، ولأنه من المقرر كذلك أن كل مصدر ترد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقا في وجوده على هذه النصوص ذاتها. وعلى هذا النحو تكون المحكمة الدستورية العليا قد حددت مناط رقابتها الدستورية على التشريع الذي أعفل عدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، بقيد زمني هو صدوره بعد العمل بالتعديل الدستوري سنة ١٩٨٠^(١).

ويلاحظ على هذا القضاء المستقر أنه لم يراقب امتناع المشرع بعد التعديل الدستوري لسنة ١٩٨٠ بعدم توفيق أوضاع التشريعات بما يتفق مع أحكام المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها. هذا بخلاف ما اتبعته المحكمة الدستورية العليا بشأن التشريعات السابقة على العمل بالدستور الحالي الصادر لسنة ١٩٧١ فقد مارست عليها رقابتها الدستورية تأسيسا على واجب المشرع في الالتزام بأحكام الدستور الجديد وإجراء التعديلات المناسبة على هذه التشريعات بما يتفق مع أحكام هذا الدستور^(٢).

= القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٣ دالا بذلك على قصد المغايرة في الحكم بين تلك الحالة وبين الحالات الأخرى التي نص عليها. (الثاني) أن الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا تهرق القيود التي يفرضها المشرع عليها - في إطار وظيفتها الاجتماعية - جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها، وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها.

(١) دستورية عليا في ٢٧ مايو سنة ١٩٨٩، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٤ قاعدة رقم ٣٢ ص ٤٨، ١٦ مايو سنة، ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني)، القاعدتان رقم ٣، ٤ ص ٣١ و ٤٠.

(٢) مثال ذلك، حكم المحكمة بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ (دستورية عليا في ٢ يونيو سنة ١٩٨٤ في القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية، الجريدة الرسمية في ١٤ يونيو سنة ١٩٨٤ العدد ٢٤، وعدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المشردين والمشتبه فيهم) (٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ العدد ٢، وعدم دستورية المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات في ٦ =

فضلا عن أن مواد دستور ١٩٧١ الصالحة للتطبيق مباشرة قد نسخت بقوة الدستور التشريعات السابقة عليها .

ومن ناحية أخرى يلاحظ أن الرقابة الدستورية على التشريعات السابقة على الدستور أنصبت على معنى القواعد المنصوص عليها في هذه التشريعات في ضوء إغفال المشرع لتعديلها بما يتفق مع أحكام الدستور. فلم يكن الإغفال التشريعي في حد ذاته محلا للرقابة، وإنما كانت القواعد المستخلصة من نصوص التشريع في ضوء هذا الإغفال، هي وحدها محل الرقابة الدستورية. على أساس أنها إما نسخت بقوة قواعد الدستور اللاحقة عليها إن كانت صالحة للتطبيق مباشرة أو أصبحت غير متفقة مع قواعده المعمول بها؛ مما يخلق تناقضا بين التشريع والدستور يتعين على المشرع أن يبادر برفعه^(١).

ويلاحظ أن الرقابة الدستورية غير المباشرة على امتناع المشرع لا تؤدي إلى بطلان النص التشريعي في مواد التجريم والعقاب احتراماً لمبدأ الشرعية الجنائية التي تقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص تشريعي سابق، إذا كان المغزى من هذه الرقابة فرض جريمة أو عقوبة جديدة أغفلها المشرع^(٢)، إذ لا يترتب على هذا البطلان استحداث تجريم أو عقاب لم يرد به نص تشريعي، لأن المحكمة الدستورية برقابتها على امتناع المشرع لا يمكن أن تستحدث نصاً تشريعياً بأثر رجعي وإلا انقلبت إلى المشرع، فضلاً عن مخالفة الأثر الرجعي للدستور.

= فبراير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٨ فبراير سنة ١٩٩٣ العدد ٧، وعدم دستورية المادة ٢٠٨ مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية (في ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٧ أكتوبر العدد ٤١ .
(١) على أنه بالنسبة إلى الشكل الدستوري للتشريع السابق على دستور ١٩٧١ يُرجع فيه إلى الدستور الذي كان يحكم شكل هذا التشريع ولا يرجع إلى الدستور الحالي. (دستورية عليا في ٥ فبراير سنة ١٩٨٣ القضية رقم ١٨ لسنة ١ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٢ ص ٧٧).
(٢) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بعدم قبول الدعوى المباشرة المرفوعة من أحد الأفراد amparo طعننا على دستورية المادة ٤٨٧ مكرراً من قانون العقوبات الأسباني التي تعاقب كل شخص يتوقف عن التأمين عن أحد أبنائه المكلف برعايتهم بناء على صلح قضائي أو حكم قضائي، في أحوال الانفصال القانوني، أو الطلاق، أو إبطال عقد الزواج. وكان مبنى الطعن الإخلال بمبدأ المساواة بالنسبة للأبناء المولودين خارج عقد الزواج. فقد قضت المحكمة الدستورية الأسبانية أن إغفال المشرع هذا النوع من الأبناء يعتبر مخالفاً للدستور، إلا أنه لا يمكن تقريره لأنه لا يمكن للمحكمة العادية في حالة الحكم بعدم الدستورية أن تقضى بعقوبة على من يغفل التأمين على هذا النوع الأخير من الأبناء، وذلك التزاماً بمبدأ الشرعية الجنائية التي تتطلب وجود نص تشريعي سابق. (الحكم رقم ٧٤ لسنة ١٩٩٧ الصادر في ٢١ إبريل سنة ١٩٩٧). وقد أكدت المحكمة الدستورية الأسبانية هذا المبدأ في قضية مماثلة (الحكم رقم ٦٧ لسنة ١٩٩٨ الصادر في ١٨ مارس سنة ١٩٩٨)

الفصل الثانى

منهج الرقابة الدستورية

٧٩-تمهيد

يتحدد منهج الرقابة الدستورية فى ضوء ثلاثة عوامل :

- (١) ذاتية الرقابة الدستورية التى تتحدد من خلال المواءمة بين القواعد الدستورية ، والقواعد التشريعية .
 - (٢) المرجعية الدستورية التى تستند إليها الرقابة .
 - (٣) الوسائل الفنية لتفسير القواعد التشريعية .
- وفىما يلى ندرس كلا من هذه العوامل .

المبحث الأول ذاتية الرقابة الدستورية

٨٠ - دور المحكمة الدستورية

● المواءمة بين النصوص الدستورية والنصوص التشريعية :

تحدد ذاتية الرقابة الدستورية من خلال دورها في المواءمة بين نصوص الدستور والنصوص التشريعية المطعون عليها ، ويستند هذا الدور على محورين ؛ أحدهما يتعلق بتفسير النصوص الدستورية ، والثاني يتعلق بتفسير النصوص التشريعية المطعون عليها . وينصب هذا التفسير على المضمون القاعدي «contenu mormatif» ، وعلة ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على الشرعية الدستورية تنصب على التعارض بين القواعد القانونية الواردة في كل من النصوص الدستورية والنصوص التشريعية المطعون عليها . فلا شأن لهذه الرقابة بالتعارض بين قاعدتين وإردتين في نصين قانونيين أيا كان موضعهما ، وإنما مناطها الفصل فيما يدعى به من مخالفة النصوص القانونية أيّا كانت الجهة التي أقرتها أو أصدرتها ، لنصوص الدستور^(١).

فالتفسير - على هذا النحو - يحتل موقعا هاما في الرقابة الدستوية . فهو عملية لازمة حتمية لا مفر منها ولا يمكن تجنبها حتى تباشر المحكمة سلطتها في الرقابة من خلال وضوح قانوني باهر . ويعتمد التفسير أمام القضاء العادي بوجه عام على قطبين ، أولهما هو القانون ، وثانيهما هو الحالة المعروضة على المحكمة لمعالجتها طبقا للقانون . أما في نطاق الرقابة الدستورية ، فإن القطب الأول يتمثل في الدستور ، بينما يتمثل القطب الثاني في النص التشريعي المطعون عليه ؛ فهو الحالة المعروضة على المحكمة الدستورية

(١) دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ١٢ في ٢١ مايو سنة ١٩٩٨ .

لمعالجتها طبقاً للقانون . ومن هنا يتضح أن المحكمة الدستورية تقوم بنشاط مزدوج في التفسير، أحدهما يتم على جبهة الدستور، وثانيهما يتم على جبهة التشريع .

● قيام الموازنة على المضمون القاعدي للنصوص :

وفي نطاق الرقابة على دستورية القوانين ، يتعين على المحكمة الدستورية أن تقيم علاقة دستورية تبدو في العلاقة بين قاعدتين قانونيتين إحداهما دستورية^(١) ، والأخرى تشريعية ، فيجب أن تكون القاعدة الثانية خاضعة للقاعدة الأولى . وتنبع هذه العلاقة من خلال منطق سليم في تفسير كل من الدستور والتشريع الذي يجب أن يتفق مع الدستور.

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن المحكمة من سلطاتها تفسير كل من النصوص الدستورية ، والنصوص التشريعية في مضمونها القاعدي . وذلك حتى تستجلى مدى مطابقة التشريع للدستور من ناحية ، وحتى تتحقق أيضاً مما إذا كان من الممكن تفسير النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم الدستورية^(١) . ولا يكون تفسير المحكمة لهذين النوعين من النصوص إلا من خلال خصومة قضائية تدخل في ولايتها ، وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها^(٢) .

والتطابق الذي تتحراه المحكمة الدستورية بين القاعدتين : الدستورية والتشريعية ، هو الذي ينصرف إلى معنى كل من القاعدتين . فالرقابة الدستورية تتطلب عملية فكرية حول معينين يجب أن يتم التوافق بينهما حتى تتصف القاعدة التشريعية بالدستورية . ولاشك أن هذه العملية الفكرية تنطوي على عملية مزدوجة في التفسير للوصول إلى معنى كل من الدستور والقانون . فمحل الرقابة هو مدى الاتفاق بين معينين لا بين النصوص في شكلها اللفظي أو في قوتها الإلزامية .

● ازدواج عملية الموازنة :

ومع ذلك ، فإن العملية المزدوجة في التفسير لا تتم دائماً على مستوى واحد من

(١) ينصرف المراد بالقاعدة الدستورية في هذا الصدد إلى كل من المبدأ الدستوري والقاعدة بمعناها الضيق .

(٢) وهذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية الإيطالية من قبل . انظر :

T. Di Manno; La juge constitutionnel et la technique de décisions " interprétatives " en France et en Italie, Economica, 1997, p. 39.

(٣) انظر دستورية عليا في ٥ فبراير سنة ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦ قاعدة رقم ١٥ ص ١٤٠ .

حيث العناصر، إذ يجب التمييز بين الدستورية من حيث الموضوع، والدستورية من حيث الشكل. ففي النوع الأول من الدستورية، ينصرف النشاط التفسيري إلى كل من مضمون الدستور والتشريع. وفي النوع الثانى من الدستورية، يتركز النشاط التفسيري على مضمون الدستور وحده من حيث إجراءات تكوين التشريع، دون محاولة تفسير مضمون التشريع؛ لأن مهمة المحكمة تقتصر في هذه الحالة على معرفة ما إذا كان التشريع قد صدر بناء على الإجراءات التي حددها الدستور لقيامه من الناحية الشكلية.

٨١- ذاتية الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية

يتميز التفسير الذي تباشره المحكمة الدستورية بمجموعة من الضوابط الذاتية التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على نفسها، ولا تقتضيها من جهة أيا كان علوها لتحدها حركتها. وتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

(أولاً): استقلال المحكمة الدستورية في سلطتها الرقابية عن سلطة المحكمة العادية - أو محكمة النقض - التي أحالت إليها الدعوى الدستورية أو رخصت برفعها أمامها. فإذا كان اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية غير مقيد برؤية محكمة الموضوع حول شبهة الدستورية^(١)، فإن المحكمة الدستورية تستقل بتحديد مضمون ونطاق القاعدة القانونية محل النزاع من خلال النصوص المطعون عليها، حتى تبين مدى مطابقتها مع القاعدة الدستورية. ولا يعنى ذلك أن المحكمة الدستورية تقع في قمة التنظيم القضائي لجميع المحاكم، وإنما جاء ذلك لعلة خاصة تتفق مع وظيفة المحكمة الدستورية فهي قاضى الدستور، بخلاف المحكمة العادية التي تعتبر قاضيا

(١) ومع ذلك ذهب البعض من الفقه الإيطالى إلى هذا الاتجاه بناء على ما رآه من أن موضوع الدعوى الدستورية هو تفسير النص المطعون عليه في نظر محكمة الموضوع. انظر:

I D., "La saisine de la cour constitutionnelle Italienne par voie d'exception," *Revue française de droit constitutionnel*, 4 - 1990, p.684 et s.

وفضلا عن عدم سلامة هذا الرأي، فإنه ينتهى إلى اعتبار الدعوى الدستورية تحت رحمة محكمة الموضوع التي تتقيد بتفسير هذه المحكمة والذي قد يتناقض مع تفسير غيرها من محاكم الموضوع أو يتناقض مع محكمة النقض. ومن ثم فهو رأى من شأنه أن يشوه الدعوى الدستورية.

(T.Di Manno, op. cit., p.42.)

للتشريع . وإذا كانت محكمة النقض بحكم سموها في النظام القضائي تعمل على توحيد كلمة القانون ، فإن المحكمة الدستورية بحكم وظيفتها تعمل على وحدة النظام القانوني مع الدستور^(١) .

وهنا تثار شبهة احتمال حدوث توتر بين القضاء العادي والقضاء الدستوري ، نظرا إلى أن إحالة المسألة الدستورية إلى القضاء الدستوري ، يتوقف على مشيئة المحكمة العادية^(٢) . وقد لوحظ أن هذه الشبهة ترجع إلى عاملين أساسيين ، أولهما : خشية القضاء العادي من حدوث فراغ تشريعي يخل بالأمن القانوني بسبب بعض أحكام المحكمة الدستورية . وثانيهما : امتناع القضاء العادي عن إحالة المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا تأسيسا على أن شبهة عدم الدستورية لا تقوم على أساس واضح . وقد لوحظ في إيطاليا أن محكمة النقض قلما تحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية^(٣) .

والواقع أنه لا محل لحدوث هذا التوتر بين القضاء العادي ، والقضاء الدستوري ؛ لأن مهمة كل منهما تختلف عن الأخرى ؛ فالأول يطبق التشريع ، والثاني يطبق الدستور ، دون إخلال بسلطة كل من القضاءين بتفسير الدستور والتشريع . وفي صدد الدستور لاشك أن وحدة النظام القانوني حول الدستور تتطلب إعطاء الكلمة العليا للمحكمة الدستورية .

فقه القانون الحي :

وفي صدد تفسير التشريع ظهر في إيطاليا فقه القانون الحي "La doctrine du droit vivant" . بسبب ما أولته المحكمة الدستورية الإيطالية منذ سنواتها الأولى من اهتمام خاص بالتفسير الذي يعطيه القضاء العادي للتشريعات الخاضعة لرقابتها ، وذهبت إلى أنه ليس هناك من شك في أنه بصدد الدعوى الدستورية ينبغي على المحكمة الدستورية أن تلتزم بالمبادئ الصادرة عن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض ، وكذلك قضاء المحاكم الإدارية العليا ومحكمة المحاسبات^(٤) . كما اتجه المجلس

T.Di Manno, op. cit., p.121 - 124.

(١)

Thierry Di Manno, op. cit., p.114,118.

(٢)

Thierry Di Manno, op. cit., p.117,118.

(٣)

Gustave Zagrebelsky, la doctrine vivant, Annuaire, op. cit., 1986, pp.ss et ss.

(٤) انظر :

الدستورى الفرنسى كذلك إلى الأخذ بفقهاء القانون الحى، فطبقه بمناسبة رقابته على دستورية تشريعات معدلة لتشريعات سابقة حدد القضاء العادى معناها^(١). على أن المحكمة الدستورية حين تعتمد تفسير القضاء العادى للتشريع تفعل ذلك على سبيل الاستثناء فى مقام تحديد معنى النص التشريعى المطعون عليه، وتحفظ بسلطتها فى تقدير مدى مطابقة هذا التفسير للدستور. وبعبارة أخرى، فإن التفسير الذى تستقر عليه محكمة النقض للنص التشريعى يفيد المحكمة الدستورية - وإن لم يقيد بها - فى تحديد معنى النص التشريعى محل الطعن، إلا أن تقدير مدى اتفاق هذا التفسير من عدمه مع الدستور تنفرد به المحكمة الدستورية لتقول فيه كلمتها.

كما أن المحكمة الدستورية من خلال سلطاتها فى إزالة عقبات التنفيذ تملك طبقاً لقانونها أن تزيل هذه العقبة بحكم يقضى بالاستمرار فى التنفيذ. وهو مجال لقيام التوتر بين القضاء الدستورى والقضاء العادى حين تكون عقبة التنفيذ متمثلة فى حكم بات صادر من محكمة النقض. إلا أن التسليم بسيادة القانون كأساس للحكم فى الدولة هو أكبر ضمان لإزالة شبهة هذا التوتر^(٢).

(ثانياً) تمارس المحكمة الدستورية رقابتها استقلالاً عن المشرع، فلا يجوز لها أن تتدخل فى سلطته التقديرية وليس لها أن تحل تقديرها محل تقدير البرلمان. وعليها فى ذات الوقت تجنب التوتر الذى قد ينشأ بينها وبين السلطة التشريعية. فعندما أنشئت المحكمة الدستورية فى إيطاليا لم يخف الفقه فى إيطاليا قلقه من احتمال حدوث هذا التوتر، وكذلك الأمر فى فرنسا عندما أنشئ المجلس الدستورى. إلا أن كيفية ممارسة هذه الرقابة من شأنها أن تحدث التوافق بين الاثنين. ويجب التمييز بين عوامل التوتر الناشئة عن وظيفة المحكمة الدستورية، والعوامل الناشئة عن كل من موضوع الرقابة ونطاقها^(٣).

فبالنسبة إلى عامل التوتر الناشئ عن وظيفة المحكمة الدستورية، فترجع إلى أن الرقابة الدستورية أزالَت السلطان المطلق للمشرع على التشريع. فمنطق المبدأ

(١) انظر: Décision no. 96-377 Dc du 16 juillet 1966, Recueil de juris. const. (1994-1997), p.67.

Alexandre Viala, op. cit., p. 279 etc.

وانظر:

(٢) انظر دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية».

(٣) Thierry Di Manno, op. cit., p.96 - 106.

وانظر فيما بعد ص ٢٤٩.

الديمقراطي يتطلب تركيز السلطة في أيدي غالبية الشعب . كما أن منطق النظام النيابي يتطلب تركيز هذه السلطة في أيدي ممثلي الأغلبية . إلا أن منطق سيادة القانون وهو الوجه الآخر للديمقراطية - يتطلب حماية الحقوق والحريات في مواجهة أخطار تحكم الأغلبية . وإذا كانت حماية هذه الحقوق والحريات تتطلب أن يستأثر بحمايتها المشرع ، فإن هذا الضمان يتطلب لصلاحيته أن يخضع للرقابة الدستورية ، لأن التشريع يجب أن يكون متفقا مع الدستور . وإذا كان التشريع بطبيعته عملا سياسيا ، فإن الرقابة الدستورية هي عمل قانوني ، والاثنان معا يكونان مزيجا من ثقافة سياسية قانونية ، تؤكد أن السياسة والقانون عالمان لا ينفصلان . فالمحكمة ملزمة باحترام السلطة التقديرية للمشرع ، ولا يجوز لها أن تراقب الملاءمة التي يمارسها المشرع عند إصدار القواعد القانونية^(١) . إلا أن هذه الرقابة تبدو واجبة في الحالات التي يلتزم فيها المشرع بالتدخل بالقدر الضروري ومع مراعاة التناسب لضمان توافر التوازن بين الحقوق والحريات من جهة ، وبين المصلحة العامة ؛ باعتبار أن هذا التوازن هو جوهر نظام الحماية الدستورية ، وذلك إذا كان انتفاء الضرورة أو التناسب واضحا^(٢) .

أما بالنسبة إلى عامل التوتر الناشئ عن موضوع الرقابة الدستورية ، فإنه يتحقق عندما تراقب المحكمة الدستورية مدى اتفاق التشريع مع الدستور . ولا يبدو هذا التوتر عند الرقابة على شكل التشريع ، لأن مراقبة مدى صدوره وفقا للإجراءات التي نص عليها الدستور لا ينطوي على أي صدام مع إرادة المشرع . وقد حاول كلسن Kelsen التخفيف من احتمالات هذا الصدام باشتراط أن تقتصر ممارسة المحكمة الدستورية لرقابتها على التشريع على مقارنتها بالنصوص المحددة في الدستور دون ما يتضمنه الدستور من أفكار عامة . إلا أن هذا الرأي لا يتفق مع طبيعة الدستور بوصفه أساسا للنظام القانوني بأسره ، فالدستور يحتوى إما على نصوص محددة ، أو على مجموعة من المبادئ . ولا يجوز التمييز بين الاثنين من حيث الرقابة الدستورية ، فكلاهما جزء لا يتجزأ من الوثيقة الدستورية ويحمل ذات القيمة الدستورية . فالاختلاف بين الاثنين لا يحول دون بحث العلاقة الدستورية بين القاعدة التشريعية أو استخلاص القاعدة من المبدأ الدستوري ، حتى يمكن تحديد العلاقة بين أمرين من جنس واحد .

(١) انظر في تطبيقات القضاء الدستوري الإيطالي

Roland Ricci, le procès constitutionnelle en Italie, Economica, 1996, p.65.

(٢) انظر ذلك فيما بعد في الفصل الأول من الباب الثاني بالقسم الأول من الجزء الثاني من هذا الكتاب .

أما عن عامل التوتر الناشئ عن نطاق الرقابة ، فيبدو من اضطراب المحكمة بحكم وظيفتها إلى إقحام نفسها في الجدل السياسى ؛ لا لكى تحكم بمعيار سياسى ، وإنما لكى تحكم وفقا لمنهج قانونى لوضع حل لنزاع سياسى . ولاشك أن النطاق السياسى لتدخل المحكمة الدستورية عند مباشرة وظيفتها هو مصدر هذا التوتر ، إلا أن درجته تختلف باختلاف وقت تدخل المحكمة . فهى تبلغ حدا من الجسامة فى الرقابة السابقة قبل أن تحجب مداد مشروع القانون الذى أقره البرلمان ، ولكنها تخف حدتها فى الرقابة اللاحقة وتقل هذه الحدة كلما نظرت المحكمة الدعوى فى وقت يتبعد عن وقت صدور التشريع المطعون فى دستوريته .

وقد لوحظ بالنسبة إلى المحكمة الدستورية الإيطالية أنها مرت بثلاث فترات ، الأولى فى بداية السبعينيات حيث راجعت المحكمة التشريعات الفاشية المطبقة دون أية حساسية أو توتر ، لأنها تخشى إحداث صدمة للمشرع الحالى . والفترة الثانية كانت فى منتصف السبعينيات ، إلا أن تأخر الفصل فى الدعاوى قلل من حدة التوتر مع المشرع . وفى المرحلة الثالثة التى بدأت فى الثمانينيات كان الفصل فى الدعاوى الدستورية خلال فترة تتراوح ما بين ثلاث وست شهور على صدور التشريع ، مما أدى إلى اعتبار هذه الرقابة قريبة من الرقابة السابقة (أو المانعة) لأنه بدون إعطاء وقت كاف لتطبيق التشريع أصبحت الرقابة مجردة ، حتى أن البعض بالغ واعتبرها نوعا من الخيار السياسى الذى كان مطروحا أمام البرلمان ، واعتبرها البعض الآخر أشبه بالمجلس الدستورى^(١).

(ثالثا): ورود الرقابة على القواعد القانونية لا على النصوص ، تباشر المحكمة رقابتها على القواعد القانونية التى تستخلصها سواء من النصوص التشريعية المطعون عليها أو من نصوص الدستور المدعى مخالفتها . فالنص Disposition المطعون عليه قد يحتوى على قاعدة قانونية Norme juridique أو أكثر ، وقد تستخلص القاعدة من أكثر من نص . والقاعدة هى المضمون المعنى من النص ، أو بعبارة أخرى ، فإن النص هو الشئ ، أما القاعدة المستخلصة منه فهى المعنى . ومن ثم ، فإن استظهار القاعدة القانونية لا يتم إلا من خلال عملية فكرية قوامها التفسير القائم على ضوابط معينة . وبعبارة أخرى ، فإن النص يتمثل بصورة مادية قبل تفسيره ، أما القاعدة القانونية فإنها

Thierry Di Manno, op. cit., p.112.

(١) انظر:

تبدو بصورة معنوية من خلال النص بعد تفسيره . فقد يتصف النص بالغموض أو يحيطه الشك حول مضمونه مما يتعين معه تفسيره لاستخلاص القاعدة القانونية منه . وقد تستخلص القاعدة القانونية من أكثر من نص بشرط وجود ارتباط بين النصوص التي تولد منها هذه القاعدة . وقد توجد قاعدة قانونية لا تستند إلى نص ، كما هو الحال في العرف أو المبادئ العامة للقانون التي يستخلصها القاضي من مختلف عناصر النظام القانونية ، إلا أن هذا النوع من القواعد لا يصلح محلا للطعن أمام المحكمة الدستورية العليا ، لأنها تنظر الدعاوى الدستورية المنصبة على النصوص التشريعية . ويختلف دورها في هذا الشأن عن دور محكمة الموضوع التي قد تطبق في حدود القانون قواعد قانونية لا تستند مباشرة إلى نصوص تشريعية مكتوبة^(١) .

ومن ناحية أخرى ، قد توجد نصوص تشريعية لا تنطوي على قواعد قانونية ، وذلك عندما لا تتوافر فيها صفة الإلزام أو التي تخلو من صفة الإطلاق أو التجريد . ويلاحظ أن القواعد الإرشادية تعتبر قواعد قانونية وإن لم يترتب بطلان على مخالفتها ، إذا كان من شأن هذه المخالفة توقيع جزاء إداري على الموظفين الذين قاموا بمخالفتها ، باعتبار أن هذا الجزاء يعكس صفة الإلزام في هذه القواعد .

ومع ذلك فقد ذهب البعض إلى أن موضوع الرقابة هو النص التشريعي وليس القاعدة القانونية ، إلا أن هذا الرأي لم يصمد للنقد ذلك أن القواعد الدستورية لا يمكن مقارنتها إلا بقواعد قانونية . كما أن الاعتماد على النصوص دون القواعد القانونية المستخلصة منها سوف يسلب المحكمة سلطتها الذاتية في التفسير ويجعلها هائمة وسط تفسيرات متضاربة للنص ، يستحيل في ضوئها معرفة مدى مطابقة النص التشريعي للقاعدة الدستورية التي يجب أن يتفق معها^(٢) . فضلا عن أنه يخلط بين الطعن الذي يرد على النصوص والرقابة الدستورية التي ترد على القواعد القانونية .

(رابعاً) : الأصل هو دستورية القواعد القانونية : لا تستقيم الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية ، موطئاً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة المخالفة الدستورية ، ذلك أن هذه

T.Di Manno, op. cit., p.54.

(١)

T.Di Manno, op. cit., p.59 - 64.

(٢)

المحكمة إنها تبأشر رقابتها لضرورة تقتضيها ، وهى تكون كذلك كلما كانت النصوص المطعون عليها عصبية على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور^(١). وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ذلك فى قولها بأن الرقابة الدستورية التى تبأشرها لا تعتبر إجراء احتياطيا ، بل ملاذا نهائيا ، وعليها بالتالى ألا تفصل فيما يثيره الطعن على النصوص القانونية من المسائل الدستورية ، كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها إلى أساس آخر يستقيم عقلا معها ويصححها^(٢).

فالمحكمة الدستورية عليها دوما - وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الدستورية - أن تستوثق مما إذا كان ممكنا تأويل النص التشريعى المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته^(٣). وهذا المنهج يتفق مع ما اتبعه القضاء الدستورى فى كل من ألمانيا وإيطاليا وفرنسا . وقد قضت المحكمة الدستورية الألمانية بأن القانون لا يعتبر غير دستورى إذا أمكن تفسير القانون بما يتفق مع الدستور وإذا استمرت الجدوى من القانون عند اختيار هذا التفسير^(٤). وهو ذات المنهج الذى اتبعته المحكمة الدستورية الإيطالية التى التجأت إلى رفض الطعن بعدم الدستورية من خلال تفسير النصوص التشريعية المطعون عليها بعدم الدستورية على نحو يمكنها من استخلاص قواعد قانونية تتفق مع نصوص الدستور^(٥). كما سار على ذلك المجلس الدستورى فى فرنسا^(٦).

ويعتبر هذا التفسير أسلوبا لتجنب الحكم بعدم الدستورية وهو ما يعنى

(١) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد (٨) فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ .

(٢) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج-٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤ .

(٣) دستورية عليا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية ، الجريدة الرسمية العدد ٣٥ فى الأول من سبتمبر لسنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج-٦ ، قاعدة رقم ٧- ص ٣٣١ .

(٤) Favoreu, Cours constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux, op. cit., p. 47, Klaus schlaich, op. cit., p.146.

(٥) Pizzorvssso, Cour constitutionnelle Italienne (Favoreu, Cours constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux, op. cit., p. 179 et 120).

(٦) Favoreu, op. cit., p. 47.

وفى هذا الشأن جاء فى حكم للمحكمة الدستورية الإيطالية أنه من الخطر الجسيم إلغاء قاعدة تشريعية مطبقة دون أن تملك المحكمة سلطة التوفيق بين القواعد المرتبطة بهذه القاعدة مع نصوص الدستور.
(انظر فى ذلك : T. Di Manno, op. cit., p.77 .)

استخلاص المحكمة الدستورية قواعد قانونية تتفق مع الدستور، من النصوص التشريعية من خلال التفسير. على أنه يجب التنبيه بأن مهمة المحكمة الدستورية العليا هي في التخلص من النصوص القانونية المخالفة للدستور وليس في تحديد مضمون قاعدي خاص لهذه النصوص يتفق مع الدستور^(١) مهما كان هذا المضمون.

وقد سبق في تبرير هذا المبدأ الإشارة إلى أن الأصل هو دستورية التشريع حتى تقضى المحكمة الدستورية بعكس ذلك. واستصحابا على هذا الأصل، فإنه في حالة الشك عند التفسير، يؤخذ بالتفسير الذى يجعل النص التشريعى المطعون عليه مطابقا للدستور^(٢).

(خامسا) التوفيق بين فاعلية الرقابة ومتطلبات الأمن القانوني: يتعين التوفيق بين فاعلية الرقابة الدستورية ومتطلبات الأمن القانوني. فالمحكمة الدستورية بحكم مسئوليتها في نظام الدولة، يتعين عليها أن تباشر سلطتها بفاعلية في خضم شبكات من التحديات المتناقضة؛ ومن هذه التحديات أن التشريع المطعون على نصوصه قد استقر تطبيقه مدة معينة وفقا لمعنى معين، واتصل علم الكافة بهذا المعنى ورتبوا أمورهم على ذلك، مما ينشئ سياجا من الأمن القانوني الذى يدور حول هذا المعنى. ولهذا فإن الحكم بعدم دستورية نصوص التشريع يمكن أن يؤدي إلى نتائج مؤسفة بالنسبة إلى الأمن القانوني. وقد انتهز العميد ريفيرو فرصة هذا الاحتمال لكى يوجه نقدا قاسيا إلى نظام الرقابة الدستورية اللاحقة، فوصفه بأنه يعرض الأمن واليقين القانوني في العالم إلى خطر كبير^(٣). ولهذا قيل بأن الرقابة اللاحقة يجب أن تتوازن مع اعتبارات الأمن القانوني، مما يتعين معه اختيار التفسير الذى لا يترتب عليه وجود فراغ قانوني أو غير ذلك من النتائج التى من شأنها التضحية بالاستقرار القانوني. وقيل أيضا بأن المحكمة الدستورية الإيطالية قد التجأت إلى تأويل النصوص بما يتفق مع الدستور إذا كان إلغاء هذه النصوص سوف يؤدي إلى إحداث ثقب في النظام القانوني مما يعتبر في ذاته أمرا

François Foloumet Steinhurst; Cour constitutionnelle Autrichienne, Annuaire 1987, op. (١) cit., p.74.

(٢) دستورية عليا في ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٩ ص ١٧٦.

J. Rivero, intervention orale à la table ronde internationale du 25 Octobre 1984 à Aix en (٣) provence, in Annuaire international de justice constitutionnelle, 1985, Economica, P.U.A.M. 1987, p.90.

أليها ، وذلك بأن تقارن اعتبارات إنفاذ النظام القانوني من العيوب الدستورية باعتبار آخر هو إعطاء التفسير الذي يمكن أن يغطي عيوباً فادحة في التشريع^(١). ولا شك أن هذه المقارنة لا تخرج عن نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات القائمة على التوازن الذي يتحقق من خلال التناسب، وفقاً للمعاني التي أرسيناها فيما تقدم في الفصل الخاص بنظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات^(٢).

وسوف نبين فيما بعد كيف أن العمل على المحافظة على الأمن القانوني أصبح من الأعمال التي تتركز عليها المحاكم الدستورية^(٣).

(سادساً) : تحديد نطاق الرقابة في المسائل الكلية أو الفرعية التي تدور حولها الخصومة في الدعوى الموضوعية

تحدد سلطة المحكمة الدستورية العليا في الرقابة اللاحقة المحددة بالحماية التي تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بالحقوق الدستورية مما يؤثر في الحقوق الموضوعية محل النزاع أمام محكمة الموضوع^(٤). ومن هنا يتحدد نطاق الرقابة الدستورية بالمسائل الكلية أو الفرعية التي تدور حولها الخصومة بأكملها أو في شق منها في الدعوى الموضوعية^(٥). فكما قالت المحكمة الدستورية العليا في مصر (أن سمو القاعدة الدستورية واعتلاءها موقعا يتسم بالقواعد الأمرة، ولا يجوز أن يختلط بالشروط التي يتطلبها المشرع لقبول الخصومة الدستورية التي تستنقضها)^(٦).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر بأن رقابتها القضائية (المحددة) لا تناقض شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، بناء على أن الحكم في المسألة الدستورية، يجب أن يكون لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، والمطروحة

(١) جاء في ذلك على لسان Brance الذي كان رئيساً للمحكمة الدستورية . انظر:

T.Di Manno, op. cit., p.77.

(٢) انظر البند ٢٧ فيما سبق .

(٣) انظر البند ١١٤ فيما بعد .

(٤) دستورية عليا في ٧ مايو سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ ، قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧ .

(٥) دستورية عليا في ٧ مايو سنة ١٩٩٤ سالف الذكر .

(٦) دستورية عليا في ٤ مايو سنة ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ ، قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٥ .

على محكمة الموضوع^(١). كما أكدت كنتيجة لذلك ، أنه لا يجوز لها أن تفصل في دستورية نص في غير خصومة ، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها أو تجاوز باتساعها أو مداها ، الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها^(٢).
على أنه كما بينا فيما تقدم لا تحول هذه الرقابة دون سلطة المحكمة في أن تقضى بعدم دستورية النصوص المرتبطة بالنصوص المطعون عليها والتي يتقرر عدم دستورتها متى كانت كل هذه النصوص تكون معاً وحدة لا تتجزأ^(٣).

والخلاصة ، فإن ذاتية الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية تبدو في الخصائص الآتية :

- (١) استقلالها عن سلطة محكمة الموضوع .
- (٢) استقلالها عن المشرع .
- (٣) ورود الرقابة على القواعد القانونية لا على النصوص .
- (٤) الأصل هو دستورية القواعد القانونية .
- (٥) التوفيق بين فاعلية الرقابة ، ومتطلبات الأمن القانوني .
- (٦) تحديد نطاق الرقابة في المسائل الكلية أو الفرعية التي تدور حولها الخصومة في الدعوى الموضوعية .

(١) دستورية عليا في ٧ مايو سنة ١٩٩٤ سالف الذكر.
(٢) دستورية عليا في ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ ، قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٣١ ، ٤ مايو سنة ١٩٩٦ ، المجموعة السابقة ج٧ ، قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٥ .
(٣) انظر أيضا : دستورية عليا في ٢٠ يولية سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ رقم ٢٧ ص ٣٠٢ .

المبحث الثانى المرجعية الدستورية للرقابة

٨٢- تمهيد

لاشك أن الدستور هو الذى يمد المحكمة الدستورية بالمناط الذى تتخذه معيارا مرجعيا لرقابتها الدستورية . فمن الطبيعى أن الرقابة على احترام الشرعية الدستورية تتحدد بالنظر إلى قواعد الدستور بحكم مرتبتها الأعلى بين القواعد القانونية على اختلافها، وهو ما يعطى المحكمة سلطة تفسير القواعد الدستورية كخطوة لازمة لممارسة رقابتها الدستورية . وتملك المحكمة الدستورية وحدها فى حدود ممارسة اختصاصها بهذه الرقابة ، سلطة تفسير الدستور بشرط أن يكون ذلك لازما للفصل فى المسألة الدستورية المعروضة عليها . ويلاحظ فى مجال الرقابة القضائية التبعية "Judicial review" اعتبرت المحكمة العليا الأمريكية أنها هى المفسر النهائى أو الأعلى للدستور "The ultimate or supreme interpreter of the constitution"، وأكدت أن المبدأ الأساسى هو أن السلطة القضائية الاتحادية هى الأعلى فى التعبير عن الدستور، مما يجعل تفسير المحكمة العليا للدستور هو القانون الأعلى للبلاد "The supreme law of the land"^(١). وتتحدد المرجعية الدستورية للرقابة فى ضوء ما يلى :

٨٣- (أولا): المبادئ والقواعد الدستورية الصريحة

تمارس المحكمة الدستورية سلطتها فى الرقابة بالنظر إلى الدستور بوصفه كيانا متكاملا فى نظام قانونى واحد ، سواء بالنظر إلى ما يحدده من حقوق وحريات ، وغيرها من القواعد التى تحدد سلطات الدولة واختصاصاتها وعلاقتها فيما بينها ، وغير ذلك من المبادئ والقيم الدستورية التى يحددها ويحميها . فالدستور بوصفه وحدة متكاملة ليس إلا نظاما لقيم يرسبها ويعليها ، تنبع من مبدأ سيادة القانون ومبدأ

(١) Cooper V. Aaron, 358, U.S.1 (1958) Gerald Gunther, Individual rights in constitutional law, N.W, 1992, p.92.

الديمقراطية^(١). ومن هنا ، فإن الحقوق والحريات لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد حقوق لحماية الفرد في مواجهة الدولة ، وإنما يجب النظر إليها أيضا بوصفها مبادئ موضوعية لإقامة كيان الدولة القانونية والمحافظة عليه .

وفي إطار وحدة النظام القانوني يترتب الدستور على قمته ، فتكون التشريعات مقيدة قانونا في الإطار الذي يحدده الدستور ، ولا تمارس حريتها إلا داخل هذا النطاق وحده . ولكي يكون النشاط التشريعي سليما صحيحا يجب أن يكون متفقا مع الدستور ، وهو اتفاق تراقب المحكمة الدستورية سلامته . ولهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه لزاما على كل سلطة عامة أيا كان شأنها وأيا كانت وظيفتها وطبيعة الاختصاصات المسندة إليها ، النزول عند قواعد الدستور ومبادئه والتزام حدوده وقيوده^(٢) . وبحكم سمو الدستور واعتباره المرجع في الرقابة الدستورية ، لا يجوز بداهة إخضاع الدستور لهذه الرقابة^(٣) .

وبناء على ما تقدم فإن التحقق من كون النشاط التشريعي مطابقا للدستور هو الأساس المنطقي لاختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية التشريعات ، ويحدد المرجعية التي تعتمد عليها المحكمة الدستورية في مزاولة اختصاصها وهو الدستور . وفي هذا الشأن ذهب الفقيه النمساوي هانز كلسن آدموفيش Hans Kelsen Adamovich إلى أن القانون الدستوري هو المصدر الجازم للحاد الذي تلتزم المحكمة الدستورية بإصدار أحكامها بناء عليه ، وقال بأنه لا يجوز للمحكمة أن تعتد إلا بالقواعد الدستورية دون غيرها من الاعتبارات القانونية أيا كان مصدرها ، وأضاف بأن المحكمة الدستورية سوف تكون في حالة تعارض مع نفسها إذا أرادت أن تضع نفسها فوق الاختصاصات التي منحت لها ، أو إذا انتحلت لنفسها الاختصاص بإقامة وصياغة النظام القانوني وفقا لأحاسيسها القانونية الذاتية^(٤) .

إلا أنه لوحظ أن القضاء الدستوري توسع في تحديد المبادئ والقواعد الدستورية بما يتجاوز النصوص الشكلية الواردة في الدستور .

(أ) ففي النمسا استخلصت المحكمة الدستورية ما يسمى بالمبادئ الدستورية

(١) انظر: دستورية عليا في ٢٧ مارس سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٤ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد ١٤ في ١٢ إبريل سنة ١٩٩٢ . W. Zeidler, op. cit., p.40.

(٢) دستورية عليا في ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد ١٢ مكررا في ٣ يونيو سنة ١٩٩٠ .

(٣) دستورية عليا في ٥ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية .

Steinhorst, Cours constitutionnelle Autrichienne, op. cit., p.67.

(٤) نظر ذلك في تقرير

العامة^(١)، وخاصة مبدأ المساواة^(٢). كما أنها استخلصت من بعض القواعد الدستورية حقوقاً لم ترد فيها صراحة مثل حق استرداد الملكية في حالة فشل نزاعها، وأن الحق في حرية التعاقد الذي كفله الدستور يتناقض معه فرض قيود تشريعية دون سبب موضوعي يتعلق بالمصلحة العامة، وأن الحق في الحياة الخاصة، والحياة الأسرية يوجب الحكم بعدم دستورية النص على منع الإقامة المنصوص عليه في القانون دون التفات إلى ضمانات هذا الحق الأساسي^(٣).

وأكثر من ذلك، فقد توسعت المحكمة الدستورية النمساوية في استخلاص معايير مرجعيتها الدستورية فاستحدثت ما يسمى باقتصاديات الوسائل وحسن الإدارة والملاءمة لتحقيق الأهداف، لكي تصل إلى الحكم بعدم دستورية قانون ضريبي نص على عدد كبير من الإعفاءات الضريبية يقتضي تطبيقها أن تنفق الإدارة مبالغ باهظة على جمع المعلومات، الأمر الذي رأت معه المحكمة الدستورية عدم وجود تناسب بين الإيرادات والمصروفات في هذا المجال مما يتناقض مع فاعلية الإدارة ولا يحقق بذلك ما أسمته بقواعد اقتصاديات الوسائل وحسن إدارة وملائمة الأهداف، ولا يتفق مع المقتضيات الدستورية للفاعلية المثل^(٤). ومن ناحية أخرى، فقد توسعت المحكمة الدستورية النمساوية في استخدام القانون الدستوري كمرجعية لها في الرقابة على دستورية التشريعات لحماية مبدأ حرية التشريع وفقاً للدستور، واتجهت في الأعوام الأخيرة إلى التوفيق بين تعظيم الدستور بوصفه القانون الأسمى، وبين حرية العمل التشريعي المتروكة للمشرع^(٥).

(ب) وفي إيطاليا، أكدت المحكمة الدستورية أن معيار مرجعيتها في الرقابة الدستورية ينبع مباشرة أو بطريق غير مباشر من نصوص الدستور. ولهذا رفضت هذه المحكمة أن يميز المشرع بين قواعد دستورية لها قيمة النصوص، وقواعد أخرى لها قيمة البرامج، وأكدت تكامل نصوص الدستور بغير استثناء، والتوفيق بين النصوص المتعارضة. وفي بعض الحالات استخلصت المحكمة الدستورية الإيطالية قواعد دستورية ضمنية بطريق التفسير، واعتمدت في معظم أحكامها على مبدأ المساواة طبقاً

(١) وقد انتقد الفقيه النمساوي هانز كلسن هذا التوسع على أساس أنه لا يعكس أية قاعدة دستورية - المرجع السابق ص ٦٧.

(٢) Steinhorst, op. cit., p. 69.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية النمساوية في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٨٥ مشاراً إليه في تقرير Steinhorst، المرجع السابق ص ٦٨.

Stenhorst, op. cit., p. 69, 70.

(٤) انظر تقرير:

Steinhorst, op. cit., p. 69, 70.

(٥) انظر تقرير:

للمادة ٣ من الدستور الإيطالي كميّار مرجعيّتها في الرقابة الدستورية^(١). إلا أن المحكمة أضافت إلى معيار المرجعية الدستورية معياراً آخر وهو القواعد التي تنبع من مصادر أخرى غير الدستور نفسه ، والتي تعتبر في ذاتها أعلى مرتبة من القاعدة التشريعية طبقاً لنصوص الدستور، مثال ذلك ، القواعد المنصوص عليها في قانون أصدره المشرع بناء على تفويض من الدستور، وكذلك أيضاً المبادئ الأساسية التي نصت عليها قوانين الدولة فيما يتعلق بالموضوعات التي خولتها المادة ١١٧ من الدستور للسلطة التشريعية الإقليمية . بالإضافة إلى القواعد الصادرة من أجهزة المجتمعات الأوروبية بناء على المادة ١١ من الدستور الإيطالي^(٢).

(ج) وفي فرنسا ، أكد المجلس الدستوري أن معيار مرجعيّته في الرقابة الدستورية على التشريعية يتمثل في المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية . وتحدد هذه القواعد في كل من نصوص الدستور ، ومقدمة الدستور التي أشارت إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ ، ومقدمة دستور ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، التي أحالت إلى كل من (المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية) ، (المبادئ اللازمة بوجه خاص للزمن المعاصر) .

وبالنسبة إلى المرجعية التي أضافتها مقدمة دستور ١٩٤٦ والتي تتعلق بالمبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية ، استهدفت إحياء ما أكدته الجمهورية الفرنسية الثالثة في مسائل الحريات العامة والقوانين الاجتماعية . وقد استخلص المجلس الدستوري الفرنسي من هذه المبادئ حرية الاجتماع^(٣) ، ومبدأ حقوق الدفاع^(٤) ، وحرية التعليم^(٥) ، واستقلال القضاء الإداري^(٦) ، واستقلال المدرسين^(٧) .

أما المرجعية الخاصة بالفكرة التي تضمنتها الفقرة الثانية من مقدمة دستور ١٩٤٦ ،

(١) Thierry Di Manno, op. cit., p.380 - 384.

(٢) انظر تقرير: Cour constitutionnelle Italienne, Annuaire, International de Justice constitutionnelle Economica, 1987, p.170 - 172, p.195.

(٣) No. 71 - 44 Dc du 16 Juillet 1971, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.24.

(٤) No. 76 - 70 Dc du 2 Décembre 1976, Rec. p.41.

(٥) No. 77 - 87 Dc du 23 November 1977, Rec. p.542.

(٦) No. 80 - 119 Dc du 22 Juillet 1980, Rec. p.83.

(٧) No. 83 - 1635 Dc du 20 Janvier 1984, Rec. p.3171.

فقد صيغت على الوجه الآتى : (إن الشعب الفرنسى يطالب بالمبادئ السياسية الاقتصادية والاجتماعية المبينة فيما بعد والتي تعتبر لازمة لزمنا المعاصر). وقد تناولت الفقرات من ٣ إلى ١٨ من هذه الديباجة تحديد هذه المبادئ على وجه الحصر، وتحتوى ضمن ما تحتويه على مبدأ المساواة بين الجنسين، وحق اللجوء السياسى، والحق فى العمل، والحرية النقابية، والحق فى الإضراب، واشتراك العاملين فى إدارة المشروعات، وتأمين المرافق الوطنية العامة، وتحديد التزامات الأمة فى مجالات الأسرة، والتعليم، والصحة، والثقافة^(١).

وكل هذه القواعد الواردة فى مقدمة دستورى ١٩٤٦ و ١٩٥٨ تعتبر من المبادئ ذات القيمة الدستورية التى تجد مصدرها فى (المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية) التى أقر المجلس الدستورية بوجودها بطريقة ضمنية. وقد انعكس ذلك بوجه خاص فى حكم المجلس الدستورى الصادر فى ٢٥ يولية سنة ١٩٧٩ بشأن ممارسة حق الإضراب، دون الإشارة إلى نص معين، بأن مبدأ استمرارية المرفق هو أحد المبادئ ذات القيمة الدستورية^(٢).

ومن ناحية أخرى، فقد أشار قضاء المجلس الدستورى إلى فكرة (الأهداف ذات القيمة الدستورية)، وتتضمن حماية النظام العام، وحرية الرأى، بما فى ذلك احترام حرية الغير، وحرية تعدد الآراء، مع تجنب إعطاء طابع مطلق للمبادئ ذات القيمة الدستورية، لتبرير وضع قيود على الحقوق «الأساسية»^(٣).

٨٤ - المعايير المرجعية فى تحديد القواعد الدستورية فى مصر

يتضمن الدستور مجموعة من المبادئ والقواعد يلتزم بها المشرع. وتتميز المبادئ الدستورية أنها تعطى للمشرع سلطة تقديرية أوسع مما تعطىها القواعد الدستورية. وإذا نظرنا إلى الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ سنجد أن المبادئ الدستورية تتمثل أساسا فى القيم الدستورية التى عبر عنها المشرع والتى يلتزم المشرع العادى بأن يؤمن بها

(١) Conseil constitutionnel Français, Annuaire Internationale de la Justice constitutionnel, 1987, p.148.

(٢) Conseil constitutionnel Français, op. cit., p.148.

(٣) Conseil constitutionnel Français, op. cit., p.148.

(٣) انظر أيضا :

وأن تكون نصوص التشريع متسقة ومتناسكة مع هذه القيم . وقد نصت المادة الخامسة من الدستور المصرى على أن يقوم النظام السياسى فى جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب ، وذلك فى إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصرى المنصوص عليها فى الدستور . وتولى الباب الثانى من الدستور تحت عنوان «المقومات الأساسية للمجتمع» فحدد هذه المبادئ الأساسية . وجاء الباب الثالث من الدستور تحت عنوان «الحريات والحقوق والواجبات العامة» فاحتوت معظم نصوصه على مبادئ أساسية . وكذلك الحال بالنسبة للباب الرابع تحت عنوان «سيادة القانون» . أما القواعد الدستورية ، فهى القابلة للتطبيق بواسطة المشرع دون أن يملك فى شأن هذا التطبيق سلطة تقديرية إلا من حيث تنظيم استعمال الحق دون نقض لمحتواها ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٤١ من الدستور من أنه فيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون ، وكذلك الحال فيما نصت عليه المادة ٥١ من الدستور من أنه لا يجوز إبعاد أى مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها . وكذلك ما نصت عليه المادة ٦٦/٢ من الدستور من أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون .

ويلاحظ أن المبادئ الدستورية بطبيعتها لا تصلح للتطبيق إلا من خلال تشريع يضع ضوابط تطبيقها ، سواء أشار الدستور إلى ذلك صراحة (مثال ذلك المواد ١٥ و ١٧ و ٢٧) أو لم يشر . كما أن القواعد الدستورية قد تحيل كذلك إلى القانون لتحديد نطاقها ، مثال ذلك المواد ٤٤ و ٥٠ و ٦٢ و ٧٠ و ٧٢ من الدستور .

وقد أقامت المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى مقام تحديد المبادئ والقواعد الدستورية عدة معايير تتمثل فيما يلى :

١- النصوص الدستورية متكاملة مترابطة تعمل فى إطار وحدة عضوية : فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن الأصل فى النصوص الدستورية أن تؤخذ باعتبارها متكاملة وأن المعانى التى تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة بما يرد عنها التناقض أو

التنافر^(١). ولا يجوز بالتالى أن تفسر النصوص الدستورية بما يتعدى بها عن الغاية النهائية المقصودة منها ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ^(٢). وأكدت المحكمة الدستورية هذا المعنى في قولها بأن القول الفصل وضوابطها في التأصيل ومناهجها في التفسير هي مدخلها إلى معايير منضبطة تحقق لأحكام الدستور وحدتها العضوية^(٣)، باعتبار أن أحكام الدستور متكاملة ولا تنافر بينها^(٤) مما ينبغى معه عند تفسير نصوص الدستور، والنظر إليها باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضا بحيث لا يفسر أى نص منها بمعزل عن النصوص الأخرى بل يجب أن يكون تفسيره متساندا معها يفهم مدلوله فهما يقيم بينهما التوازن وينأى بها عن التعارض^(٥).

وتطبيقا لذلك حددت المحكمة الدستورية العليا المقصود بالمكاسب الاشتراكية المنصوص عليها في المادة ٥٩ من الدستور - وهو مبدأ دستوري - بأن الدستور خلا من كل تحديد لهذه المكاسب يكون معرفا بمضمونها ونطاقها، بل جهل تماما بها، ولم يحل حتى إلى قانون لبيان مكوناتها، ولا يتصور بالتالى أن يكون الدستور كافلا للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التى نص عليها في شأنهم^(٦). وهذا الاستخلاص ليس إلا محصلة لتكامل النصوص الدستورية وترابطها وعملها معا في وحدة عضوية . ولهذا انتهت المحكمة الدستورية بأن المزايا التى ينشئها المشرع للعمال، لا يجوز اعتبارها جزءا من

-
- (١) دستورية عليا في ١٨ إبريل لسنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام المحكمة، الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣٠ ص ٢٦٢.
 - (٢) دستورية عليا في ٤ يناير لسنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩.
 - (٣) دستورية عليا في ٢٠ مارس لسنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٣ قضائية (دستورية)، ٦ فبراير لسنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٤ قضائية (تنازع)، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ٨ ص ٤٧٥، ٦ فبراير لسنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية (دستورية) المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ٣ ص ١٥٠، ١٩ يونيو لسنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٧ لسنة ٤ قضائية (منازعة تنفيذ)، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ٥ ص ٥٢٣.
 - (٤) دستورية عليا في ٢٦ مارس لسنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٩ لسنة ١١ قضائية (دستورية). المجموعة السابقة جـ ٦، قاعدة رقم ١- ص ٢٣١.
 - (٥) دستورية عليا في ١٩ مايو لسنة ١٩٩٠ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية (دستورية). المجموعة السابقة جـ ٤، قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦.
 - (٦) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٧ (تابع) في ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧.

مكاسبهم إذا خلا الدستور منها، بل يكون أمر بقائها أو زوالها بيد المشرع في حدود سلطته التقديرية ووفق شروط موضوعية.

والمحكمة الدستورية هي التي تقوم من خلال تفسيرها للنصوص الدستورية على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التي ابتغاها الدستور، وبما يرد عنها الغموض بما مؤداه أن النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية وأنه يتعين من ناحية أخرى أن يكون لكل منها مجال يعمل فيه متكاملاً في ذلك مع غيره من النصوص^(١).

وقد وصل الأمر بالمحكمة الدستورية العليا أنها حين قضت بوجود أن تتفق التشريعات مع مبادئ الشريعة الإسلامية — وهو مبدأ دستوري — استوجبت ألا تخرج هذه التشريعات في الوقت ذاته عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية^(٢).

وفي مجال تأكيد الوحدة العضوية لنصوص الدستور سواء تضمنت مبادئ أو قواعد دستورية أكدت المحكمة الدستورية العليا أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها يفترض العمل بها في مجموعها وشرط ذلك اتساقها وترابطها والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونها ذاتياً لا ينزل به عن غيره من النصوص النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها، لأن النصوص الدستورية لا تتعارض أو تتهدم أو تتنافر فيما بينها، ولكنها تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تنتظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة ويتعين دوماً أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متألّفة فيما بينها ولا تتأحى أو تتآكل، بل تتجانس معانيها وتتصافر توجهاتها^(٣).

وفي هذا الصدد، ثار البحث حول إمكان حل التنازع الظاهري الذي قد ينشأ بين

(١) دستورية عليا في ١٥ مايو لسنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية (دستورية). المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ٢٢ ص ٢٦٠.

(٢) دستورية عليا في ٤ مايو لسنة ١٩٨٥ في القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد (٢٠) في ١٦ مايو سنة ١٩٨٥.

(٣) دستورية عليا في ٥ فبراير لسنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية (دستورية). مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦، قاعدة رقم ١٥ ص ١٤٠.

الحقوق التي يحميها الدستور، للوصول إلى تحديد القاعدة الدستورية الواجبة التطبيق . ويتحقق هذا التنازع الظاهري عندما يتمسك كل طرف من أطراف الخصومة بحق أساسى نص عليه الدستور، مما يستوجب من المحكمة الدستورية أن تحدد الحق صاحب الأولوية، وذلك في إطار وحدة وتكامل الدستور، مما ينتفى معه إمكان القول بوجود تنازع حقيقى بين قواعد الدستور. ومن ناحية أخرى، فإن الحقوق التي يكفلها الدستور تتمتع بالحماية الدستورية أيا كان مصدرها سواء كان قاعدة دستورية صريحة وردت في نص قاعدى صريح من نصوص الدستور، أو في مبدأ دستورى عام اعتنقه الدستور، أو في قاعدة دستورية ضمنية استخلصتها المحكمة الدستورية العليا في ضوء أهداف الدستور ومبادئه^(١). ولا يوجد أى تدرج بين القواعد الدستورية، فكلها من واد واحد، وعلى مستوى واحد من القيمة الدستورية، جميعها تكون كتلة من الدستورية Bloc de la constitutionnalité^(٢).

٢- تفسير المبادئ والقواعد الدستورية في ضوء الغاية منها، وباعتبار أن الدستور وثيقة تقديمية:

قضت المحكمة الدستورية العليا على أنه عند تفسير النصوص الدستورية لا يجوز النظر إليها بما يتعدى غايتها النهائية ولا بوصفها هائمة في الفراغ وباعتبارها قيا مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعى، وإنما يتعين دوماً أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقديمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية انطلاقاً إلى تغيير لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة^(٣). وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى في قولها بأن الدستور بالحقوق التي يقررها والقيود التي يفرضها - وأياً كان مداها أو نطاقها - لا يعمل في فراغ ولا ينظم

(١) انظر: Brigitte 6 hms, Rapport Autrichien, VIII conference des Cours constitutionnelles Européennes Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.31.

(٢) Radrigues - Pinnero Y Bravo Ferrer et J. leguina Villa, (Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.112.

Nathalie Berard - Maugiron, thèse, op. cit., p. 293.

(٣) دستورية عليا في ٤ يناير لسنة ١٩٩٢ في القضية ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (الجزء الأول)، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩.

مجرد قواعد آمرة لا تبديل فيها إلا من خلال تعديلها وفقا للأوضاع التي ينص عليها إذ هو وثيقة نابضة بالحياة، تعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطارا لها^(١).

وقد تجلّى ذلك بوضوح في تفسير مجموعة من القيم الدستورية التي تعبر عنها المبادئ الدستورية منها الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية (المادة ٣٢)، وفي النظام والعدالة الاجتماعية في النظام الضريبي (المادة ٣٨)، ونطاق الملكية العامة (المادة ٢٩) ودور القطاع العام في خطة التنمية (المادة ٣١). وفي صدد الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، قالت المحكمة الدستورية العليا بأنه يتعين أن ينظم القانون أداة الوظيفة الاجتماعية للملكية مهتديا بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة في مرحلة معينة من مراحل تطورها بمراعاة أن القيود التي تفرضها الوظيفة الاجتماعية على حق الملكية للحد من إطلاقها لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة^(٢). وقالت بأن الغاية التي يستهدفها الدستور من حق المساواة أمام القانون باعتباره أول ما نص عليه الدستور في الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة، يتمثل أصلا في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها وأضحى هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحريات والحقوق العامة المنصوص عليها في الدستور، بل ينسحب في مجال إعمالها إلى الحقوق التي يقرها القانون العادي ويكون مصدرا لها^(٣).

وفي صدد العدالة الاجتماعية في النظام الضريبي التي أشار إليها الدستور في المادة ٣٨ قالت المحكمة الدستورية العليا، بأن تحديد معناها يجب أن يكون من منظور اجتماعي مهيمنا عليها بمختلف صورها، باعتبار أن العدل يتغيا التعبير عن القيم الاجتماعية التي لا تنفصل عن الجماعة في حركتها عنها، والتي تبلور مقاييسها في شأن

(١) دستورية عليا في ٥ فبراير لسنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية (دستورية). سالف الإشارة إليه.

(٢) الدستورية العليا في ٢٠ مارس لسنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ١٩ ص ٢٦. وأول يناير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية (دستورية)، المجموعة السابقة ج ٦، قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٥.

(٣) الدستورية العليا في ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية (دستورية)، المجموعة السابقة ج ٤، قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦.

ما يعتبر حقا لديها ، فلا يكون العدل مفهوما مطلقا ثابتا باطراد ، بل مرنا ومتغيرا وفقا لمعايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها^(١).

وأكدت المحكمة الدستورية هذا المعيار المرجعي في قولها بأن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها ، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها ، ثم فرضها بآلة عمياء إلا حرثا في البحر ، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصاديا . وأوضحت المحكمة منطقها فقالت ، بأن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها ، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها ، فلا يكون الدستور كافلا لها ، بل حائلا دون ضمائها^(٢).

وفي صدد تحديد نطاق الملكية العامة (المادة ٢٩) - وهو من المبادئ الدستورية - قالت المحكمة الدستورية العليا أن الاستثمار بمختلف صوره - العامة منها والخاص - ليس إلا أموالا تتدفق ، وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص ، فإنها تتكامل فيما بينها ، ويعتبر تجميعها لازما لضمان قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق لا يكون التفريط فيها إلا ترفا ، ونكولا عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها . وما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور من أشكال للملكية تتقدمها الملكية العامة ، وتقوم إلى جانبها كل من الملكية التعاونية والملكية الخاصة ، ليس إلا توزيعا للأدوار فيما بينها لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعا لرقابة الشعب ، ومقتضاها أن يكون الاستثمار العام وقودا للتقدم ، معبدا الطريق إليه ، فلا يقتصر على ميادين محدودة بل يمتد إلى مواقع رئيسية تعمل الدولة من خلالها على تنفيذ مهامها السياسية والاجتماعية ، ويلازمها أن تعزز قيادتها هذه بدعمها الأعباء بقصر الاستثمار الخاص على تحملها^(٣).

وفي صدد تحديد دور القطاع العام في خطة التنمية - وهو من المبادئ الدستورية - (المادة ٣٠/٢) أوضحت المحكمة الدستورية العليا مجموعة من المعاني ، أولها : أن تواصل التنمية وإثراءها لنواتجها يمثل أصلا يبلوره الاستثمار العام ، وثانيها : أنه إذا كان

(١) دستورية عليا في أول يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٦٥ سنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ العدد ٧ (تابع).

(٢) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٧ ، القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد (٧تابع) في ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ . وانظر فيما تقدم بند ٢٩ ص ٩٥ و ٩٦ .

الاستثمار العام قوة رئيسية للتقدم تتعدد مداخلها، فإنه ليس لازماً أن يتخذ هذا الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها، ولا عليها أن تبقىها كلما كان تعثرها بادياً، أو كانت الأموال الموظفة فيها لا تغل عائداً مجزياً، أو كان ممكناً إعادة تشغيلها لاستخدامها على نحو أفضل، وأن الاستثمار الأفضل والأجدر بالحماية، يرتبط دوماً بالدائرة التي يعمل فيها، وأن الاستثمار العام شريك متكامل مع الاستثمار الخاص لا يزاحمه ولا يتعارض معه، بل يتولى كل منهما مهاماً يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها، وإن جاز القول بأن الاستثمار العام يثير قدرة المواطنين ويقظتهم وتميزهم. وهكذا نرى المحكمة الدستورية العليا قد فسرت القطاع العام بمداول الاستثمار العام ودوره في تحقيق التنمية^(١).

٣- التفسير في ضوء معانى المصطلحات

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه إذا أورد الدستور مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين وجب صرفه إلى هذا المعنى في كل نص آخر يردد هذا المصطلح، وإنه بناء على ذلك إذا كان الدستور قد أورد في المادة ٦٦ عبارة (بناء على قانون). في حين أنه يستعمل عبارة مغايرة في نصوص أخرى اشترط فيها أن يتم تحديد أو تنظيم مسائل معينة (بقانون) مثل التأميم في المادة ٣٥، وإنشاء الضرائب وتعديلها في المادة ١١٩ - فإن مؤدى ذلك أن المادة ٦٦ من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد فيها بعض جوانب التجريم أو العقاب، وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفي الحدود والشروط التى يعينها القانون الصادر منها^(٢).

(١) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٧ السالف الإشارة إليه.

(٢) دستورية عليا في ٩ مايو لسنة ١٩٨١ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١ قضائية (دستورية)، وفى القضية رقم ٢١ لسنة ١ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ فى ٢٨ / ٥ / ١٩٨١. وانظر دستورية العليا فى ٦ إبريل لسنة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية (دستورية)، وفى القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٤، قاعدة رقم ٣٨ و ٣٩ ص ٣١١ و ٣٢٤ على التوالى.

٨٥ - (ثانياً): المبادئ الدستورية الضمنية

توسع القضاء الدستوري في تفسير ما تتضمنه الوثيقة الدستورية من مبادئ، فلم يقتصر على المبادئ المكتوبة في هذه الوثيقة، بل استخلص مجموعة من المبادئ الضمنية التي تتعلق بحماية الحقوق والحريات .

وقد عرضنا لهذه المبادئ - فيما سبق - بمناسبة بحث دور القضاء الدستوري في التحديد الدستوري غير المباشر للحقوق والحريات . وتتميز هذه المبادئ الدستورية عن المبادئ الدستورية الصريحة، في أن هذا النوع من المبادئ يستخلص مباشرة من خلال النصوص الدستورية . أما المبادئ الضمنية، فإنها تستخلص بطريق التفسير من خلال هذه النصوص . فالأولى واضحة لا تحتاج إلى تفسير.

ومنذ زمن طويل استقر قضاء المحكمة الدستورية الألمانية على أنه إذا ظهرت خلال تطبيق مواد الدستور ظروف جديدة غير متوقعة، أو إذا جدت ظروف أضافت وجهاً جديداً أو معنى جديداً في ضوء التطور العام، فإنه يمكن تفسير مواد الدستور وفقاً لهذه المتغيرات . بل وصل الأمر إلى أن محاكم الموضوع يمكنها - في إطار الرقابة المحددة - أن تحيل من جديد إلى المحكمة الدستورية الاتحادية مسألة تتعلق بدستورية نص تشريعي على الرغم من أن المحكمة الدستورية سبق أن حسمتها من قبل، وذلك في ضوء التغيرات التي طرأت، طالبة من المحكمة الدستورية نظرة جديدة إلى هذه المسألة التي سبق حسمها من قبل^(١).

وتتبع المحكمة الدستورية النمساوية أيضاً ما يسمى بالتفسير المعاصر للدستور. ولهذا درج قضاؤها على الأخذ بالأفكار والقيم الجديدة للمجتمع المتعلقة بالضمانات الواردة في ثانيا الدستور تحت مسمى المبادئ العامة للدستور، مثل مبدأ المساواة . وقد لوحظ في ضوء ذلك أن المحكمة الدستورية العليا النمساوية قد لعبت دور المصلح في مسائل السياسة الاجتماعية على نحو وصفه البعض بأنه قد جعلها بعيدة عن مهامها الدستورية وطبيعتها الخاصة^(٢).

وتعتبر القواعد الدستورية جميعها في مرتبة واحدة سواء تلك التي استخلصتها المحكمة الدستورية مباشرة من نصوص الدستور أو بطريق غير مباشر.

W.Zeidler, op. cit., p.54.

(١) انظر:

Loloumet Steinhorst, Cour constitutionnelle Autrichienne Annuaire 1987, op. cit., p. 81. (٢)

٨٦ - (ثالثاً): القواعد التي تنال قيمة دستورية

رأينا عند بحث قواعد القانون الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان أن الدستور الألماني قد نص صراحة في المادة ٢٥ منه على أن القواعد العامة في القانون الدولي التي تتضمن عناصر حماية حقوق الإنسان لها أثر مباشر في الجمهورية الاتحادية الألمانية، مما أدى إلى إضفاء القيمة الدستورية على هذه القواعد. وكذلك الشأن بالنسبة إلى البرتغال.

والقواعد المشار إليها ليست قواعد صريحة وضمنية، وإنما هي قواعد تنال قيمة دستورية بنص الدستور.

ويطلق الفقه الدستوري على هذه القواعد اصطلاح القواعد الوسيطة Intermediaire. وواقع الأمر، أن كل ما يتعلق بحقوق الإنسان إن لم يجد اعتناقاً صريحاً في نصوص الدستور، فإن القضاء الدستوري يتخذه معياراً لاستخلاص الحقوق والحريات التي تتمتع بقيمة دستورية استناداً إلى متطلبات كل من النظم الديمقراطية وسيادة القانون. فإن الدساتير حين شرعت استهدفت حماية الحقوق والحريات، والمحاكم الدستورية حين أسست استهدفت بالدرجة الأولى ضمان هذه الحماية^(١). ومن ثم، فإنه ما لم ينص الدستور صراحة على اعتبار قواعد القانون الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان ذات قيمة دستورية، كما هو الشأن بالنسبة إلى الدستور الألماني، فإنه يمكن اعتبار هذه القواعد من حيث استهدافها حماية الحقوق والحريات ضمن القواعد الدستورية.

(١) أثبت Badinter الرئيس السابق للمجلس الدستوري الفرنسي (اعتباراً من ٥ مارس سنة ١٩٨٦) في محاضرة له في ٩ يناير سنة ١٩٩٥ في مؤتمر عن حقوق الإنسان بمدينة ليون أنه في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٩٤ تبين أن المجلس الدستوري أصدر ٢٨٩ قراراً في مجال الرقابة الدستورية، قضى في ١٥٤ قراراً منها بعدم الدستورية. وتبين أن ٥٥٪ من هذه القرارات المقضى فيها بعدم الدستورية تعلقت بالحقوق «الأساسية» والحريات العامة. انظر:

Institut des sciences de l'homme, les droits de l'homme et le droit, Lyon, 1998, p.76.

المبحث الثالث الوسائل الفنية لتفسير القواعد التشريعية

٨٧ - الرقابة الدستورية كأساس لشرعية التفسير

تلجأ المحكمة الدستورية إلى تفسير القواعد التشريعية كأداة للرقابة الدستورية . ويعتبر هذا التفسير مفيداً وفعالاً في تحقيق الرقابة الدستورية ؛ فهو مفيد لأنه يمكن للمحكمة الدستورية من استيعاب مضمون النص التشريعي المطعون عليه ، باعتبار أنه يأتي ثمرة لتحضير وإعداد فنيين ، إما بواسطة الحكومة أو بواسطة عضو البرلمان ثم يتم إقراره من خلال التصويت عليه ، ويتضمن قواعد لها طابع عام لا يسهل فهم معناها بالقراءة الحرفية للنصوص التي تتضمنها . وهي في تحديد هذا المعنى تعتبر أثر الحكم بعدم دستورية أو رفض الدعوى الدستورية ، أو الحكم بالدستورية متوقفاً على بتفسير معين اتخذته دعامة لتقرير دستورية النص .

كما يعتبر التفسير فعالاً لأنه يسمح للمحكمة الدستورية بإشباع الحاجيات المتطورة للمجتمع في نظرة تقدمية تتجاوز قليلاً حدود النطاق المرسوم له بطريقة مجردة . ويستمد التفسير الذي تتولاه المحكمة الدستورية من خلال الدعوى الدستورية شرعيته من كونه ضرورياً لتمكين هذه المحكمة من مباشرة سلطتها في الرقابة الدستورية المنبثقة من أسسها الفلسفية التي تتجلى في حماية النظام الديمقراطي وسيادة الدستور ، واحترام الحقوق والحريات ، وإشباع الحاجيات المتطورة للمجتمع ، وتحقيق الاستقرار السياسي والقانوني^(١) .

ومن خلال أنواع التفسير الذي يتضمنه قضاء المحكمة الدستورية استطاعت هذه

(١) انظر فيما تقدم البنود من ٣٧ حتى ٤٠ .

المحكمة أن تقيم توازنا في الحماية الدستورية للحقوق والحريات، يتجلى بوجه خاص في الأحوال التي تتجنب فيها المحكمة الحكم بعدم الدستورية من خلال التفسير الإنشائي للنص. كما تقيم تعاوناً مع السلطات القائمة على تطبيق القانون (الحكومة والقضاء) حين تقدم تفسيراً توجيهياً لبعض النصوص حتى تستعين بهذا التفسير عند التطبيق، ومن خلال الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها والتي تنبثق من الأسس الفلسفية للرقابة الدستورية، والتزاماً بنظام الحماية الدستورية الذي يقوم على التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى.

وفي هذا النطاق يهمن أن نؤكد على جملة حقائق هامة:

(الأولى): يرتبط تفسير القواعد التشريعية كل الارتباط بالتمييز بين النص التشريعي، والقاعدة التشريعية.

فالمحكمة الدستورية تلجأ إلى التفسير في مقام استخلاص القواعد القانونية منها لكي تبسط رقابتها على مدى اتفاق القواعد القانونية التشريعية مع القواعد الدستورية. فما النصوص إلا أغلفة مادية تحوى قواعد قانونية هي وحدها محل الاعتبار. والرقابة الدستورية لا تنصب إلا على الوقائع القانونية لا أغلفتها المادية. ومن هنا، فإن المناهج الفنية للتفسير تنصب على استخلاص القاعدة القانونية من النص الذي يعبر عنها. فالنصوص هي محل التفسير والقواعد القانونية المستخلصة منها هي الهدف من التفسير.

(الثانية): يتميز تفسير القواعد التشريعية بخصائص مختلفة متغيرة في مقام تحديد مدى مطابقة القاعدة التشريعية المطعون عليها للقاعدة الدستورية في ضوء ما تتمتع به المحكمة الدستورية من ذاتية خاصة عند مباشرة وظيفتها الرقابية^(١).

(الثالثة): تبدو المناهج الفنية لتفسير النصوص التشريعية في ثلاثة أنواع: فهناك التفسير المقيّد "Restrictive"، وبجانبه التفسير الإنشائي "Constructive"، ومعه التفسير التوجيهي "Directive". وسوف ندرس فيما بعد هذه الأنواع الثلاثة.

(الرابعة): ينعكس التفسير الذي تتبعه المحكمة الدستورية لكي تمارس رقابتها

(١) انظر فيما تقدم بند ٧٣.

الدستورية في أسباب حكمها . وتتوقف حجيته على ما يعتبر دعامة لمنطوقه . ومن ثم فإن الحجية التي يحوزها هذا التفسير تنبثق من حجية حكم المحكمة الدستورية الفاصل في المسألة الدستورية التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الدستورية سواء كان بالدستورية أو بعدمها^(١) أو بعدم القبول المبني على فصل في مسألة دستورية^(٢) . فهو جزء من قضاء المحكمة الذي ينال الحجية . ولهذا فإنه كل تفسير تجريه المحكمة في أسباب حكمها لا يحوز هذه الحجية ما لم يكن مرتبطا بالفصل في مسألة دستورية ارتباط العلة بالمعلول . ويختلف هذا التفسير كل الاختلاف عن التفسير الملزم الذي يقدم طلبه إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية طبقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في المادة ٣٣ من قانونها . ووجه الاختلاف أنه تفسير قضائي يصدر الحكم به بمناسبة دعوى دستورية^(٣) ، بخلاف النوع الثاني ، فهو تفسير مستقل يصدر بناء على طلب . كما أن التفسير القضائي يتسع لكل من نصوص الدستور والنصوص التشريعية ، بخلاف النوع الثاني من التفسير ، فإنه يقتصر على النصوص التشريعية دون نصوص الدستور^(٤) .

كما نبه أيضا إلى أنه لا يوجد ما يمنع من أن تفصل المحكمة الدستورية في ثنايا أسبابها في عدة مسائل دستورية ، يعتبر فصلها فيها مجتمعا أساسا لمنطوق حكمها .

وهنا يجب أن نلاحظ أن التفسير القضائي الذي يعتد به هو ذلك الذي يعتبر أساسا للفصل في المسألة الدستورية . ولا غرابة في ذلك ، طالما أن شرعية التفسير تتوقف على سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة الدستورية .

وفيما يلي نعرض لأنواع التفسير الذي يمكن أن تمارسه المحكمة .

- (١) دستورية عليا في ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥ ، في القضية رقم ١ لسنة ١٦ قضائية «تفسير» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ١ ص ٧٦٣ .
- (٢) انظر دستورية عليا في ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٤٢ في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٨ .
- (٣) في هذا المعنى : دستورية عليا في ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢ ، في القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٩ في ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٩٢ .
- (٤) ومع ذلك فإن المحكمة العليا أصدرت دون سند من القانون قرارا بتفسير المادة ٩٤ من الدستور (القرار الصادر في ١٥ مارس سنة ١٩٧٧ ، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا ج ٢ ص ٣٤) . ولهذا انتهت إلى أن هذا التفسير غير ملزم (إدارية عليا في ٩ إبريل ١٩٩٧ مجموعة أحكام الإدارية العليا في ١٥ عاما - ج ٣ ص ٢١٨٣ - ٢٢٠٣) وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا بوضوح عدم اختصاصها بإصدار تفسير ملزم لنصوص الدستور - بناء على طلب - (دستورية عليا في أول مارس سنة ١٩٨٠ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ١ ص ٢٠٩) .

المطلب الأول التفسير المقيّد

٨٨ - ماهيته

يتحقق التفسير المقيّد باستخلاص مضمون النص التشريعي بطريقة مباشرة على نحو يحدد نطاقه ، ومن خلال هذا النوع من في التفسير، تتمكن المحكمة من تنقية النص التشريعي من عدة معان سطحية تشوب مدلوله القاعدي ، وذلك على نحو يفيد المحكمة عند تحديد مضمون القاعدة القانونية المستخلصة من هذا النص^(١) .

وتتقيد المحكمة في قضائها بهذا التفسير، فهو دعامة لازمة للفصل في المسألة الدستورية التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الدستورية ، وبهذا الأسلوب يتمكن القاضي من تنقية النص التشريعي من أجل استخلاص صلاحيته القاعدية ، أي استخلاص ما يحتويه من قواعد قانونية . ويتم هذا الاستخلاص على درجات مختلفة . فهو إما أن يفرغ النص من أي مضمون قاعدي ، وإما أن يحدد المضمون القاعدي للنص بطريقة محايدة تتجنب الإفراط في استخلاصه . وفيما يلي نحدد المقصود بهذين النوعين من التفسير المقيّد .

٨٩ - (أولا) التفسير الذي يستخلص فراغ النص من أي مضمون قاعدي:

من خلال هذا التفسير ينكشف النص التشريعي فيبدو خاليا من أي مضمون قانوني ، فهو أشبه بقوقعة فارغة ، فيصبح النص في ضوء هذا التفسير بمثابة سراب قانوني يبدو من حيث الظاهر قابلا للتطبيق ، ولكنه في الحقيقة عديم الفاعلية . ويؤدي هذا التفسير إلى أن يصبح الحكم الذي انتهى إليه بمثابة حكم بإبطال النص . والواقع

Thierry Di Manno, op. cit., p. 131.

(١) انظر:

أنه رغم أن النص التشريعي لم يلحقه مساس في الحكم، إلا أن تفسيره بهذا المنهج يجعله عديم الجوهر بلا مضمون قاعدي، وبذلك يتفق مع الحكم بالبطلان في أمر واحد هو عدم إمكان تطبيق هذا النص إلا أنه لا يعتبر إبطالا بالمعنى القانوني، لأن الإبطال لا يرد إلا على نص يتضمن قاعدة قانونية، باعتبار أن هذه القاعدة هي التي يرد عليها عدم الدستورية. وقد لاحظ البعض أن هذا المنهج أقل قسوة من الحكم بإبطال النص غير الدستوري؛ لأن جعل النص خاليا من المضمون القاعدي ينطوي على نقد أخف من اعتبار التشريع مخالفا للدستور^(١).

ومن هنا، فإن هذا المنهج التفسيري يؤدي إلى إفلات التشريع من وصفه بعدم الدستورية، لأن إفراغ النص من أي مضمون قاعدي يؤدي بالضرورة إلى استحالة بحث مدى علاقته الدستورية، مما يستحيل معه إقامة مواجهة بين القواعد الدستورية، والقواعد التشريعية.

ويلاحظ أن هذا المنهج التفسيري ليس بعيدا عن منهج إعلان عدم الدستورية وفقا للمنهج الأمريكي في الرقابة. فالمحكمة العليا الأمريكية حين تقضى بعدم دستورية التشريع لا تقضى بإبطاله، وإنما تقضى بمجرد استبعاده أي بعدم تطبيقه، وهو ما يعنى إفراغه من مضمونه، مما يستحيل معه تطبيقه، فيصبح تشريعا ميتا "Dead Law"^(٢).

ومن المقرر قانونا أن القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة ومجردة، أي تخاطب عددا من الأشخاص غير محددین بذواتهم، وإنما يتحددون بخصائصهم العامة، مستهدفة تطبيقها عليهم بصفة عامة. هذا مع ملاحظة أن بعض التشريعات قد تصدر بصفة مؤقتة دون أن تفقد عموميتها وتجريدها. وفي هذا السياق قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن عموم القاعدة القانونية لا يعنى انصرافها إلى جميع الموجودين على إقليم الدولة، أو انبساطها على كل ما يصدر عنهم من أفعال، وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها بانتفاء التخصيص، ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة من الاعتداد

Thierry Di Manno, op. cit., p.132.

(١)

D.Broussolle, Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1985, p.732.

بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديدا^(١). وقضت بأنه إذا ورد نص تشريعي في صيغة عامة ولم يقدم دليل على تخصيصها، تعين حمل هذا النص على عمومته^(٢).

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا سالفه الذكر برفض الدعوى بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية على أساس أن هذه المادة تتكامل مع المادة الأولى من هذا القرار بقانون، ويمتد مجال تطبيقها بالضرورة إلى أشخاص غير محددين بذواتهم، ليطمخض عن قاعدة موضوعية لا تخصيص فيها^(٣). ويرتبط هذا المعنى كل الارتباط بمبدأ المساواة أمام القانون، لأنه يفترض تطبيقه بصورة عامة ومجردة على جميع أصحاب المراكز القانونية المتماثلة.

ومع ذلك، فيجب أن يلاحظ أن هناك بعض التشريعات القائمة بذاتها والتي لا تتضمن قواعد قانونية مثل قانون ربط الموازنة. ولا تفلت هذه التشريعات على أية حال من الرقابة الدستورية من حيث الشكل. وهذا ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسي^(٤).

فإذا انصبت الدعوى الدستورية على عدم مطابقة التشريع للدستور من حيث الموضوع، واستخلصت المحكمة من النصوص المطعون عليها عدم تضمنها أية قواعد قانونية، استحالت الرقابة الدستورية مما يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية، لأنه وقد تعذر استخلاص قاعدة قانونية من التشريع لم يعد النص قابلا للتطبيق على نزاع معين. وهذا ما اتبعته المحكمة الدستورية الإيطالية^(٥). وقد قضت بأن القانون الذى ينص على مد العمل بقانون معين، ينطوى على قاعدة قانونية بالنص إلى واقعة مد العمل بقانون معين، ولكنه لا ينطوى على هذه القاعدة بالنسبة إلى التأكيد الضمنى

(١) دستورية عليا في ٢٠ مارس سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٩٩ ص ٢٢٦، ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٧، قاعدة رقم ٩ ص ١٧٦.

(٢) دستورية عليا في ١٦ مايو سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٥ (المجلد الأول) قاعدة ٣٤ ص ٣٠٧.

(٣) دستورية عليا ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥ السالف الإشارة إليه.

Décision No. 83-164 Dc du 29 Décembre 1983, Recueil, op. cit., p. 166.

(٤)

Thierry Di Manno, op. cit., p.140-141.

(٥) انظر فى ذلك :

للقواعد التى تتضمنها نصوص هذا القانون ، لأن هذا التأكيد فى حد ذاته لا ينطوى على مضمون قاعدى له آثار قانونية منفصلة عن آثار القانون الأصل^(١). وفى هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأنه إذا كان النص التشريعى المطعون عليه قد أحال فى مجال تحديد الأموال وقيمة التعويضات المستحقة لأصحابها إلى تنظيم تشريعى معين ، فإن الأحكام المحال إليها - فى مجال تطبيق كل منها وبالنسبة إلى المخاطبين بها - تكون هى مناط الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين واللوائح ، وهى التى ينبغى أن يتناولها الطعن بعدم الدستورية إذا كان تطبيقها على المدعين قد أدخل بمصالحهم الشخصية المباشرة^(٢). وقضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن النصوص التشريعية التى يتضمنها تشريع يتضمن إرشادات بشأن تهئية استغلال وتنمية الإقليم لا تتضمن قواعد قانونية لأنها خالية من عنصر الإلزام^(٣).

٩٠ - (ثانيا) التفسير الذى يستخلص المضمون القاعدى للنصوص بطريقة محايدة

يعمل هذا التفسير على إعطاء النص التشريعى المطعون عليه مضمونه القاعدى بطريقة محايدة ، فيعطيه معناه الحقيقى الذى لا يتفق مع معناه الظاهر.

ويتم هذا التفسير من خلال طريقتين ، (أولهما) : تجانس وتكامل القواعد التشريعية . و(ثانيهما) : تفسير النصوص التشريعية لتحديد نطاقها القاعدى فى ضوء مقاصد المشرع والمصلحة الاجتماعية التى توخاها .

(١) التفسير من خلال تجانس وتكامل القواعد التشريعية

فالمحكمة الدستورية لا يمكنها أن تباشر رقابتها إلا إذا كانت هذه النصوص تتضمن قواعد تشريعية متجانسة متكاملة . فلا يجوز تفسير النص التشريعى على نحو يجرده من الأساس المنطقى مما يجعله منطويا على خطأ من حيث الظاهر ، ومتضمنا قاعدة غير متماسكة . فلا يجوز بناء على ذلك تأسيس الدعوى الدستورية على تفسير

Thierry Di Manno, op. cit., p.143.

(١) مشار إلى هذا الحكم فى مؤلف :

(٢) دستورية عليا ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢ ، فى القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ، الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، قاعدة رقم ٢ ص ٢٠ .

Décision No. 94 - 358, du 26 Janvier 1995, Recueil, p.624.

(٣)

خاطئ للنص التشريعي المطعون عليه ، وحق للمحكمة الدستورية أن تعطى لهذا النص معناه الصحيح ، لأنه لا يجوز الحكم بعدم دستورية نص بناء على تفسير له غير سليم^(١) .
وقد اتبعت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المبدأ^(٢) . واستقر قضاؤها في هذا الشأن على مبدأين :

أ - رفع التناقض بين النصوص

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه عند تفسير النصوص التشريعية يجب إزالة التعارض بين أجزائها ، ويكفل اتصال أحكامها فيما بينها لتغدو جميعها منصرفة إلى الوجهة عينها التي ابتغاها المشرع من وراء تقريرها^(٣) .

ب - أن النص الخاص يقيد النص العام

وفي هذا الشأن قالت المحكمة الدستورية العليا : أنه إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الشمول والاستغراق عاد منصرفا إلى جميع أفراداه من غير حصر في عدد معين ، ومن ثم كان العام دالا على الشمول والاستغراق ولا يخصص بغير دليل ، فإذا خصص العام بغير دليل ، كان ذلك تأويلا غير مقبول^(٤) . وأكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المعنى في قولها بأن العام لا يخصص إلا بدليل ولا يقيد المطلق إلا بقريئة ، وبانتفائها لا يسوغ إسباغ معنى آخر على النص التشريعي وإلا كان تأويلا غير مقبول والتفافا حول المصلحة الاجتماعية التي تظاهر النصوص التشريعية جميعها وتعتبر هدفا غائيا لها^(٥) .

ولاشك أنه عند التعارض بين النصوص تغلب القاعدة التي يمكن استخلاصها صراحة من النص على القاعدة التي يمكن استخلاصها بطريقة ضمنية .

(١) انظر قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية في هذا المعنى المشار إليه في : Thierry Di Mamo, p.160.

(٢) انظر دستورية عليا في ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٦٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ٣٤ ص ٣٠٧ .

(٣) الدستورية العليا في ٦ فبراير لسنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية (دستورية) وقرار التفسير الصادر بجلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ المشار إليه أعلاه .

(٤) قرار المحكمة الدستورية العليا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ في طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير) المشار إليها من قبل .

(٥) الدستورية العليا في ٢٠ يولية سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة ، قاعدة رقم ٢٦ ص ٣٠٢ .

ولاشك أن المحكمة في تفسيرها للنصوص التشريعية يجب أن تراعى الضابطين الأول والثاني في ذات الوقت، بما يكشف عن المقاصد الحقيقية للمشرع ويستجلى المصلحة الاجتماعية التي توخاها التشريع. ولا يجوز الخلط بين معنى النص وروحه، فإذا كان معناه واضحاً من مقاصد المشرع وغايته نحو تحقيق المصلحة الاجتماعية، فلا يجوز ترك هذا المعنى في ضوء روح النص بناء على عوامل خارج النص ذاته، فروح النص هي لاستجلاء مقاصد المشرع وغايته لا للابتعاد عنها^(١).

وقضت المحكمة الدستورية العليا الإيطالية في دعوى دستورية أسست بناء على صدور القانون رقم ٣٨٦ في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم العقوبات الموقعة في مسائل الشيكات المصرفية، وتضمن إلغاء المادة ١١٦ من المرسوم الملكي رقم ١٧٣٦ لسنة ١٩٣٣ بشأن جريمة إصدار شيك مصرفي بدون رصيد بناء على أن المادة ١١ من القانون الجديد الصادر سنة ١٩٩٠ قد أخرج هذه الجريمة إذا كانت قد وقعت قبل العمل بها من نطاق العقوبات المغلظة التي تضمنها، بشرط أن يكون المتهم قد بدأ في سداد قيمة الشيك والفوائد والتعويضات الجزائية والمصروفات المترتبة على فعله، وأنه بذلك تكون المادة ١١ من القانون الجديد قد خالفت مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فيما تضمنته من تطبيق القانون بعقوباته المغلظة بأثر رجعي على الجرائم التي وقعت قبل العمل به إذا لم ينفذ المتهم الشرط الذي استحدثه القانون الجديد. إلا أن المحكمة الدستورية الإيطالية رفضت هذه الدعوى لتأسيسها من قبل محكمة الموضوع على تفسير غير سليم للقانون الجديد، باعتبار أن هذا القانون حين ألغى المادة ١١٦ من المرسوم الملكي رقم ١٧٤٦ سنة ١٩٣٣ الذي نص على جريمة إصدار شيك بدون رصيد استبعد إمكان تطبيق هذه المادة بأثر رجعي، وذلك في ضوء سائر نصوص القانون الجديد التي ألغت بعض الجرائم التي كانت منصوصاً عليها في المادة ١١٦ المذكورة، واستحدثت جرائم تختلف في عناصرها عن الجرائم التي وقعت في ظل المادة ١١٦ المذكورة، مما لا يتصور معه تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي على الجرائم التي كانت

(١) وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الاستعانة بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيراً تشريعياً، وكذلك بالأعمال التحضيرية الممهدة لها سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها أو عاصرتها تعين المحكمة على استخلاص مقاصد المشرع التي يفترض في النص محل التفسير أن يعكسها معبراً بأمانه عنها (قرار المحكمة الدستورية العليا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ في طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير)).

تحكمها المادة ١١٦ سالفه الذكر، لأن العقوبات التى نص عليها هذا القانون خصصت لجرائم مختلفة عن تلك الجرائم^(١).

(٢) تفسير النصوص التشريعية لتحديد نطاقها القاعدي فى ضوء مقاصد المشرع والمصلحة الاجتماعية التى توخاها

تلجأ المحكمة الدستورية فى سبيل تحديد القواعد القانونية التى عبرت عنها النصوص التشريعية إلى استلهم مقاصد المشرع والمصلحة الاجتماعية التى توخاها كغاية نهائية يمكن فى ضوءها تحديد الإطار السليم للقواعد القانونية التى يعبر عنها . ويتحقق ذلك من خلال الضابطين الآتيين :

أ- الوقوف على المقاصد الحقيقية التى توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية :

وهى مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كى لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداء ، بل مناطها ما تغياه المشرع حقا حين صاغها ، وتلك هى الإرادة الحقيقية التى لا يجوز الالتواء بها ، ويفترض فى النصوص القانونية أن تكون كاشفة عنها مبلورة لها وهى بعد إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها أو يعتبر مسخا أو تشويها لها أو نكولا عن حقيقة مراميها أو انتزاعا لبعض ألفاظها عن سياقها^(٢).

ومن الأحكام الحديثة فى هذا الشأن ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى مصر بشأن تعريف المرفق العام بأنه لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التى يباشرها ومردودها ونظم إدارتها ، وأن ما يعتبر معيارا ماديا لهذا المرفق ، إنما يتصل بطبيعة الأعمال التى يؤديها ، ولا يجوز بالتالى أن يختلط بالجهة التى تقوم على إدارتها ، فقد تكون شخصا عاما ، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص^(٣).

هذا ويجب أن يلاحظ وفقا لمنهج الرقابة اللاحقة ، أن المحكمة الدستورية تستشف

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية فى ١٩ يناير سنة ١٩٩٣ وقد أشار إليه :

Thierry Di Manno, op. cit., p.161.

(٢) دستورية عليا فى ٢٠ يونية لسنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦ ، قاعدة رقم ٢٦ ص ٣٠٢ .

(٣) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية (العدد ٢١) فى ٢١ مايو ١٩٩٨ .

هذه الأغراض من خلال تطبيق التشريع ، فهي تراقب دستورية تشريع حتى لا تشريع جامد لم ينطق بعد بالحياة كما هو الحال في الرقابة السابقة ، أو في الرقابة المجردة في بعض النظم ، حيث تتم الرقابة بعد مدة بسيطة من إقرار القانون . وقد نشأ بسبب ذلك في إيطاليا فقه القانون الحي "Doctrin du Droit vivant"^(١) ، لكي يشير إلى القانون في ضوء تطبيقاته لدى القضاء العادي ، وانعكاساته على المجتمع وكذا انعكاسات المجتمع على القانون ، أو بعبارة أخرى في ضوء تفسيره المستقر "Interprétation consolidée" لدى القضاء العادي ، على أساس أنه وإذا كان (القانون الحي) من صنع المشرع إلا أنه قد شارك في صنعه كل من القضاء والسلطة التنفيذية والجماعات الاجتماعية والأفراد . فكلهم أثروا في تحديد معناه ، ونطاقه في الحياة الاجتماعية^(٢) . وليس معنى ذلك تقيد المحكمة الدستورية بالمنهج أو التفسير العملي للتشريع ، فالمهم هو معرفة آثار التشريع على المجتمع لفهم نطاقه وتحديد مقاصده بطريقة حية نابضة . لهذا ذهبت المحكمة الدستورية الإيطالية في العديد من أحكامها إلى الأخذ في الاعتبار بالتفسير الدقيق الذي يعطى للقاعدة التشريعية قيمتها الحقيقية في الحياة القانونية ، طالما أن القواعد القانونية ليست كما تظهر في ثوبها المحدد في النص التشريعي ، وإنما هي تلك التي تظهر من خلال التطبيق القضائي اليومي الذي يعمل دائما على جعلها أكثر دقة فأكثر فاعلية^(٣) ، بشرط أن يكون قضاء مستقرا ، أو حاكما ، أو متوطدا ، أو غالبا ، أو مؤكدا في معظم الأحوال ، أو موحدا في عدد كبير من السنوات ، أو مقبولا بوجه عام^(٤) . إلا أنها أكدت في ذات الوقت سلطتها في التفسير لكل من القاعدة الدستورية والقاعدة التشريعية ، مع أخذها بالمعنى الذي اعتبرت القاعدة التشريعية

(١) راجع فيما تقدم بند ٧٤ ص ٢١٤ و ٢١٥ . انظر : Gustavo Zagrebelsky; la doctrine du "droit vivant", Annuaire International de justice constitutionnelle, 1986, pp.ss et s.

(٢) انظر : G. Zagrebelsky; La doctrine du "droit vivant", Annuaire International de la justice constitutionnelle 1986, p.55 - 76.

(٣) Gsutavo Zagrebelsky, op. cit., p.56.

وقد قيل بأن قضاء محكمة النقض ، وخاصة في هيئتها العامة يمثل بطبيعة الحال مصدرا متميزا للقانون الحي . (La constitutionnalisation des branches du droit, Actes de l'Atelier du IIIe congrès de l'Association Française des constitutionnalistes, Economica, 1998, p.32.

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٣ .

بمقتضاه قانونا حيا، فهو معنى لا يمكن تجنبه في مقام تحديد مدى اتفاقها مع الدستور^(١).

وفي فرنسا على الرغم من أن الرقابة الدستورية السابقة تحول بلا شك دون الأخذ بنظرية القانون الحى والتي لا مجال لتطبيقها إلا في الرقابة اللاحقة، إلا أن المجلس الدستوري سنحت له الفرصة في أن يأخذ بهذه النظرية بمناسبة الرقابة الدستورية السابقة على نص مماثل لقانون سابق فسر القضاء العادى، أو بمناسبة نص يكمل نصا سابقا طبقه القضاء العادى متمثلا في محكمة النقض ومجلس الدولة^(٢).

وواقع الأمر، أن تحديد معنى القانون عند تطبيقه يفيد في تحديد القاعدة القانونية عند بحث مدى اتفاقها مع الدستور، دون أن يغل سلطة المحكمة الدستورية العليا في تفسيره في الدعوى الدستورية على الوجه الصحيح كما تراه، وذلك باعتبار أن المطروح أمام المحكمة الدستورية العليا هو القاعدة القانونية من خلال النص التشريعى الذى

(١) انظر أحكام الدستور الإيطالية المشار إليها في المرجع السابق ص ٣٤ و ٣٥.
 (٢) ومن قبيل ذلك أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد أبطل نشرة دورية تبيح لجهة الإدارة سلطة تقديرية في الإذن بسفر الأجانب إلى الخارج، على أساس أن هذا الإذن يعتبر قيذا على حرية التنقل التى تسمح لصاحبها بمغادرة البلاد. وبمناسبة الطعن بعدم دستورية قانون Pasque الخاص بالمهجرة الذى منح جهة الإدارة رخصة اشتراط الإخطار السابق من الأجنبى قبل مغادرته البلاد بالنسبة لبعض فئات من الأجانب، قرر المجلس الدستوري أن هذا القانون لم يضع قيذا على حرية التنقل اعتيادا على تفسير مجلس الدولة بأن جهة الإدارة لا تملك سلطة تقديرية حول تنقل الأجانب (Déc. no 93-325 du 13 août 1993, Recueil, op. cit., p. 539) كما أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد أصدرت حكما في ١٠ نوفمبر ١٩٩٢ (coim. 10 novembre 1992, D. 1993, no. 3, p. 36) قضت فيه بأن سلطة البوليس الإدارى في التحقق من الشخصية لمنع الأخطار المهددة للنظام العام لا يمكن تبريرها إلا إذا كان التهديد بالخطر متصلا مباشرة بسلوك الشخص. ولما عرض على المجلس الدستوري الفرنسي قانون يتعلق بالرقابة على التحقق من الشخصية، قرر بأن تعديل المادة ٧٨ / ٢ إجراءات جنائية المتعلقة بالتحقق من الشخصية (مهما كان سلوك الشخص) قرر هذا المجلس أنه يجب على السلطة المختصة أن تبرر في كل الحالات الظروف التى استخلصت منها توافر الخطر المهدد للنظام العام الذى خول لها التحقق من شخصية الفرد، وأضاف المجلس أن القضاء بوصفه حارسا للحريات يراقب شروط المشروعية المتعلقة بهذه المبررات التى أدت إلى خضوع الشخص لتحقيق الشخصية. (Déc. no 93-325 du 13 août 1993, Recueil, op. cit., p. 539) وواضح من قرار المجلس الدستوري أنه أخضع تفسير النص التشريعى الذى أباح التحقق من الشخصية (مهما كان سلوك الشخص) بمفهومه لدى محكمة النقض، حين جعل القضاء كحارس على الحريات وقيما على التحقق من شروط المشروعية في التحقق من الشخصية. (انظر: Alexandre Viala, op. cit., p. 281)

عبر عنها لبيان مدى مطابقتها للدستور، وليس المطروح أمامها هو تفسير القضاء العادى للقاعدة القانونية ذاتها. فالمطعون عليه هو النص التشريعى وليست الأحكام القضائية الصادرة بناء عليه. فنظرية القانون الحى لا تقيد المحكمة الدستورية، وإنما تنير لها الطريق عند تفسير القاعدة القانونية التى تتضمنها النصوص المطعون عليها.

ونظرة المحكمة الدستورية لأحكام القضاء العادى ليست نظرة القاضى الأعلى درجة وإنما هى نظرة القاضى الدستورى، فإن أخذت بالتفسير الذى اعتنقه القضاء العادى منحتة شهادة المطابقة الدستورية.

ب - المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل تشريع وإطار لتحديد معناه.

وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا إن النصوص التشريعية لا تصاغ فى الفراغ، ولا يجوز انتزاعها عن واقعها محددا بمراعاة المصلحة المقصودة منها، وهى بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص فى فلكها، ويفترض دوما أن المشرع رمى إلى بلوغها متخذاً من صياغته للنصوص التشريعية سبيلاً إليها، ومن ثم تكون هذه المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعى وإطاراً لتحديد معناه^(١).

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ١٣/٤٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ١٧ ص ٢١٢.

المطلب الثاني التفسير الإنشائي

٩١- ماهيته

بيّنّا أن التفسير المقيد يعمل على تنقية النص التشريعي من عدة معانٍ سطحية تشوبه في مقام تحديد مضمونه القاعدي، وذلك باستخلاص هذا المضمون من النص التشريعي، سواء بالوصول إلى خلو النص من أي قاعدة قانونية، أو بالوصول إلى تحديد محايد لمضمون القاعدة القانونية التي يعبر عنها النص. وبالإضافة إلى هذا التفسير المقيد، يوجد التفسير الإنشائي الذي تبناه بعض القضاء الدستوري مستهدفاً إثراء المضمون القاعدي للنص بتوسيع نطاقه. وبعبارة أخرى، فإنه إذا كان التفسير المقيد لا يضيف شيئاً جديداً على استخلاص مضمون النص التشريعي لأن مهمته إزالة الشوائب التي تعوق القاعدة القانونية منه. فإن التفسير الإنشائي، على العكس من ذلك، يسمح بإدخال عنصر جديد على النص التشريعي لكي يسمح بإنقاذه من حماة عدم الدستورية على نحو يجعله مطابقاً للدستور^(١).

وقد عرف العميد فافوري Favoreu هذا المنهج التفسيري بأنه يضيف على النص لونا يجعله مطابقاً للدستور. ولهذا سميت الأحكام التي تبنى على هذا النوع من التفسير بالأحكام المضيفة "Additives". وقد يترتب على هذا المنهج الإنشائي استخلاص قاعدة قانونية من النص غير التي يعبر عنها ظاهره. ولهذا سميت الأحكام التي تبنى على هذا النوع من التفسير بالأحكام الاستبدالية "Substitutives". وقد أخذت به بعض جهات القضاء الدستوري لإصدار ما يسمى بالأحكام المشروطة^(٢)، وذلك باعتبار التفسير الإنشائي الذي يلجأ إليه القضاء الدستوري في سبيل إنقاذ

Thierry Di Manno, op. cit., p.231.

(١) انظر:

(٢) انظر فيما بعد بند ١٠٤ رقم (٣).

النص التشريعي من السقوط في حماة عدم الدستورية يعتبر شرطا لدستورية هذا النص . وقد لوحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي قد لجأ إلى هذا التفسير منذ سنة ١٩٥٩^(١).

وهذا النوع من التفسير طالما أنه يرد على المضمون القاعدي للنص المطعون فيه ، فإنه يعتبر دعامة للحكم الفاصل في المسألة الدستورية سواء انتهى إلى عدم الدستورية أو إلى رفض الدعوى الدستورية إذا كان هذا التفسير عماداً لقضائها .

على أن هذا النوع من التفسير لا يجوز أن يتجاوز اعتبارين أساسيين ؛ هما احترام الدستور واحترام إرادة المشرع عند وضع النص . فلا يجوز أن يتحول القضاء الدستوري من خلال هذا التفسير إلى مشرع دستوري أو إلى مشرع عادي .

وينقسم منهج التفسير الإنشائي الذي تبناه بعض القضاء الدستوري إلى نوعين ، هما المنهج المضيف ، والمنهج الاستبدالي .

٩٢ - (أولا) المنهج التفسيري المضيف

يتمثل هذا المنهج في معالجة نقص التشريع ، عندما يثير مشكلة الرقابة الدستورية على امتناع المشرع . وقد رأينا فيما سبق^(١) كيف أنه في مجال الرقابة غير المباشرة على امتناع المشرع ، اتجهت المحكمة الدستورية الإيطالية لمعالجة نقص النطاق القاعدي للنص التشريعي عما يجب أن يكون عليه حتى يتفق مع أحكام الدستور . مثال ذلك ، ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية من تفسير النص الذي قرر لوزير العدل سلطة عرض شئون رجال القضاء على المجلس الأعلى للقضاء بأنه لا يستبعد سلطة المجلس في بحث هذه الشئون من تلقاء نفسه ، حتى يعتبر النص دستوريا^(٢) . فالقاضي الدستوري يفسر النص التشريعي من أجل أن يصدر حكمه على مدى دستوريته ، ويفسر النص الدستوري من أجل تطبيقه . والتفسير الذي يعتمده القاضي للنص التشريعي يعتبر شرطا لدستوريته .

(١) - Alexandre Viala, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, L.G.D.I, Paris, 1999, p. 18 et 20.

(٢) انظر ما تقدم بند ٧٠ .

وقد أوضحنا في مجال ذكر الرقابة الدستورية في النمسا ، كيف أن المحكمة الدستورية قد استخلصت امتناع المشرع عن معالجة وضع معين يؤدي إلى أن تكون القاعدة القانونية لها مضمون يتنافى مع مبدأ المساواة^(١).

والواقع ، أن الحكم بعدم الدستورية بسبب عدم النص على قاعدة معينة ، ينطوي على تفسير بوجود قاعدة بعكس المعنى المطلوب توفيره لتفادي عدم الدستورية . فإذا قضت المحكمة بعدم الدستورية انطوى هذا الحكم على استخلاص ضمني لقاعدة سلبية تستفاد من سكوت المشرع . أما إذا قضت المحكمة بالدستورية ، انطوى ذلك على تفسير امتناع المشرع بوجود القاعدة التي أغفلها التشريع ، بما يؤدي إلى اتفاق النص مع الدستور^(٢).

وأوضحنا أيضا أن المحكمة الدستورية في مجال التفسير لها أن تصلح النقص التشريعي في النص المطعون عليه ، وإعطاء النص تفسيرا يتفق مع الدستور^(٣).

ونلاحظ أن المنهج التفسيري المضيف يستند في حقيقة الأمر على تكامل نصوص التشريع ، ورفع التناقض بين النصوص ، وعلى توخي المقاصد الحقيقية التي استهدفها المشرع من وراء إقرار التشريع . وكلها ضوابط مشتركة يعتمد عليها المنهج التفسيري أيا كانت أنواعه .

٩٣ - (ثانيا) المنهج التفسيري الاستبدالي

يتميز المنهج التفسيري الاستبدالي باستيفاء متطلبات مبدأ الدستورية ، وذلك بهدف مزدوج هو تجنب استخلاص قاعدة مخالفة للدستور أو جزء منها من النص التشريعي المطعون عليها ، واستخلاص قاعدة أخرى تتفق مع المتطلبات الدستورية من ناحية أخرى . ويلاحظ أنه وفقا لهذا النوع الأخير من التفسير ، فإن النص التشريعي لا يعتبر مخالفا للدستور بعد أن يخضع لهذا النوع من التفسير الذي تعتقه المحكمة الدستورية العليا . وبعبارة أخرى ، فإن تفسير النص التشريعي الذي ينتهي إلى مطابقته مع

(١) انظر ما تقدم بند ٧٠ .

Thierry Di Manno, op. cit., p.245.

(٢) انظر:

(٣) انظر ما تقدم في بند ٧٠ .

الدستور يعتبر شرطاً لهذه الدستورية^(١). وطالما أن هذا التفسير كان خطوة لازمة للرقابة الدستورية على النص ، فإنه يعتبر ملزماً وحجة بكل ما يتمتع به حكم المحكمة من قوة إلزامية وحجية . وقد التجأ المجلس الدستوري الفرنسي إلى هذا النوع من التفسير ، وسمى بالحل الوسط بين الرفض والبطالان لأنه يعطى للنص التشريعي تفسيراً يعصمه من البطلان لعيب عدم الدستورية^(٢).

ويتميز هذا المنهج الاستبدالي عن المنهج المضيف ، في أن هذا المنهج الأخير يهدف إلى وضع جزاء على امتناع المشرع من خلال استخلاص قاعدة سلبية تجعل النص غير متفق مع الدستور . أما المنهج الاستبدالي فإنه يعمل على عدم استخلاص القاعدة الإيجابية المخالفة للدستور من النص المطعون عليه واستخلاص قاعدة أخرى تتفق مع الدستور . فوفقاً للمنهج المضيف ، تستخلص عدم دستورية التشريع من النص لأنه لم يذكر شيئاً معيناً . أما وفقاً للمنهج الاستبدالي فإنه يتم إضفاء الدستورية على النص بسبب ذكره شيئاً معيناً ، ثم تُستبدل بما يستخلص من هذا الشيء فكرة من شأنها أن تنقذ النص من عيب عدم الدستورية . فهذا المنهج يصلح نقضاً تشريعياً ، باستبعاد القاعدة المشوبة بعدم الدستورية في مجال تفسير النص ووضع تفسير يستخلص قاعدة تشريعية مطابقة للدستور.

وقد التجأت المحكمة الدستورية الإيطالية إلى هذا المنهج التفسيري ، من خلال الحكم بالبطلان الجزئي للنص للوصول إلى نوع من إحلال القواعد القانونية . وقيل في شرح ذلك إلى أن الذي يعتنق منهج التفسير الاستبدالي يستأصل القاعدة التي عبر عنها النص أو جزءاً منها ، مما يخلق في ذاته فراغاً في النص ، سرعان ما يملؤه التفسير من خلال ملأ هذا الفراغ بقاعدة أخرى . مثال ذلك ، ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية من عدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٣١٣ من قانون العقوبات في حدود ما نصت عليه من تحويل وزير العدل سلطة رفع الدعوى عن جرائم إهانة المحكمة الدستورية ، تأسيساً على أنها وحدها بحكم مسئوليتها في ضمان فاعلية مبدأ الشرعية وإخضاع أعمال السلطات للدستور ، تملك ممارسة رفع الدعوى الجنائية عن جرائم

Alexandre Viala, op. cit., p. 65.

(١)

Alexandre Viala, op. cit., p. 17.

(٢)

الإهانة الموجهة إليها ، مما يقتضى الحكم بعدم دستورية الفقرة سالفه الذكر فيما نصت عليه من تحويل هذه السلطة لوزير العدل^(١). وواضح من هذا الحكم أن المحكمة بعد أن أبطلت النص بإطالا جزئيا (في خصوصية سلطة وزير العدل في رفع الدعوى) أقامت قاعدة قانونية يعطيها الحق في رفع هذه الدعوى . وقضت المحكمة الدستورية الإيطالية أيضا بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية فيما نصت عليه من أن المحكمة إذا تبينت عدم اختصاصها النوعي تحكم بعدم اختصاصها وتأمّر بإحالة الأوراق إلى المحكمة المختصة ، تأسيسا على أنه وفقا لقانون الإجراءات الجنائية يملك المتهم حق طلب محاكمته وفق إجراءات خاصة ، محاكمة إيجازية Procès abrégé ، وأن إحالة الأوراق إلى المحكمة المختصة بدلا من إحالتها إلى النيابة العامة يحرمه من تقديم هذا الطلب إلى النيابة العامة ، الأمر الذى ينطوى على إخلال بحقوق الدفاع . ولقد لجأت المحكمة الدستورية إلى المنهج الاستبدالى فاقصرت على الحكم بعدم الدستورية الجزئى فيما يتعلق بإحالة القضية إلى المحكمة المختصة ، تاركة الأمر نتيجة لهذا الحكم للقواعد العامة التى تقضى بإحالة القضية إلى النيابة العامة^(٢). والتجأت المحكمة الدستورية الألمانية إلى هذا النوع من التفسير في مجال البحث في شرط المصلحة الذى يدور حول مدى تعلق المسألة الدستورية بالدعوى المنظورة أمام القاضى العادى^(٣). كما التجأت المحكمة الدستورية الألمانية إلى هذا النوع من التفسير الاستبدالى لحماية النص المطعون عليه من خلال إعطائه مضمونا معينا يتفق مع الدستور، وذلك لما يترتب على الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية من آثار خطيرة على النظام القانونى^(٤). ولوحظ أيضا أن المجلس الدستورى الفرنسى قد لجأ إلى هذه الوسيلة بحثا عن التفسير الذى يجعل النص المطعون عليه متفقا مع الدستور^(٥).

(١) حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٩ مشارا إليه في مؤلف :
Thierry Di Manno, op. cit., p.262.

(٢) حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٧٦ لسنة ١٩٩٣ مشارا إليه في مؤلف :
Thierry Di Manno, op. cit., p.263.

(٣) دستورية عليا في ٤ مايو سنة ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤ .
Pizzorusso, Procédures et technique de protection des droits fondamentaux, Cour constitu-

(٤) tionnelle Italienne in Cours constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux,
Actes du II ème colloque d'Aix en provence, Economica, 1982, p.172.

J. C. Beguin, op. cit., p.187.

(٥)

وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذا المنهج الاستبدالى فقضت^(١) بأن عليها ألا تفصل فيما يثيره الطعن على النصوص القانونية من المسائل الدستورية، كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها إلى أساس آخر يستقيم عقلا معها ويصححها. وبناء على هذا المنهج التفسيري، قضت المحكمة بأن قرار وزير المالية رقم ٣٨١ لسنة ١٩٨٢ حتى وإن صح القول ببطالانه لصدوره بناء على تنظيم باطل ممثلا في القرار بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ في شأن التفويض في الاختصاصات - إلا أن قرار وزير المالية، يظل محمولا على نص الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ مكررا من القانون الجمركي - التي أحال فعلا إليها - والتي لا يجوز بمقتضاها رفع الدعوى الجنائية في شأن الجرائم المنصوص عليها بفقرتها الأولى إلا بناء على طلب من وزير المالية أو من ينييه. فالواضح مما تقدم، أنه بعد أن استبعدت القاعدة القانونية الواردة في قرار وزير المالية المطعون عليه استبدلت بها المحكمة الدستورية العليا قاعدة أخرى من هذا القرار بحكم إحالته إلى القانون الجمركي الذي يعطى لوزير المالية أو من ينييه ذات الاختصاص محل النزاع. ومن ناحية أخرى، فقد طبق حكم المحكمة الدستورية العليا المذكور ذات المنهج الاستبدالى حين قضى بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما نصت عليه من أنه (ولا يترتب على الصلح رد البضائع المضبوطة في الجرائم المشار إليها، وإنما يجوز رد وسائل النقل التي استخدمت في التهريب). ذلك أن إسقاط القاعدة القانونية التي حكم بعدم دستورتها لم يولد فراغا في النص المطعون عليه، لأن المحكمة انتهت إلى أن الصلح المقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا المشار إليها ينعقد مقابل أداء مبلغ التعويض كامل ويؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية في الجرائم محل الصلح، أما مصادرة البضائع المضبوطة فتتم بناء على نص في القانون يتضمن قاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، وهو ما قضت المحكمة بعدم دستوريته. فالقاعدة القانونية التي استبدلت هي ترتيب المصادرة كأثر للصلح، والقاعدة التي حلت محلها هي أن الصلح يؤدي فقط إلى انقضاء الدعوى، أي أن المصادرة تستند إلى نص في القانون مخالف للدستور ولا تستند إلى النص الذي يستمر صحيحا منتجاً أثره في انقضاء الدعوى الجنائية.

Guillaume Drago; L'execution des decisions du conseil constitutionnel, Economica, 1991,(١)
p.153.

المطلب الثالث التفسير التوجيهي

٩٤ - ماهيته

يتميز التفسير التوجيهي عن غيره من أنواع التفسير السالف بيانها (التفسير المقيد، والتفسير الإنشائي بنوعيه)، بأنه يرد على المبادئ التي تحكم تطبيق القواعد التشريعية، ولا يتضمن استخلاص معنى للقاعدة القانونية. وفي هذا النطاق يتميز هذا النوع من التفسير عن التفسير المقيد والتفسير الإنشائي في عدة خصائص:

(١) تركز فائدة التفسير التوجيهي "directive" في توجيه القائم على تطبيق التشريع دون أن ينصرف إلى تفسير التشريع في مجال تحديد مدى مطابقتها للدستور. فهو بعبارة أخرى يوجه ما يجب أن يكون عليه تطبيق النص التشريعي. ويبدو الاختلاف واضحاً بين التفسير التوجيهي، والتفسير المقيد، والتفسير الإنشائي؛ في أن القاضي الدستوري يعتمد عند الفصل في الدعوى الدستورية على الاستدلال القضائي Syllogisme juridictionnel الذي يقوم على المقارنة بين مقدمة كبرى هي القاعدة الدستورية، ومقدمة صغرى هي القاعدة التشريعية، فيلجأ إلى التفسير المقيد أو إلى التفسير الإنشائي لتحديد المقدمة الصغرى في مقام تحديد مدى مطابقتها للمقدمة الكبرى، أي مدى اتفاقها مع أحكام الدستور. هذا بخلاف الحال في التفسير التوجيهي، فإنه يعين القاضي العادي (أو جهة الإدارة) عند تطبيق القاعدة التشريعية. وفي هذه الحالة يكون التفسير التوجيهي في تفسير القاعدة التشريعية كمقدمة كبرى في الاستدلال القضائي كأساس لتطبيقها على الواقعة محل البحث، والتي تعتبر مقدمة صغرى في هذا الاستدلال.

(٢) يرد التفسير القيد والتفسير الإنشائي على النص التشريعي لتحديد القاعدة القانونية المستخلصة منه. أما التفسير التوجيهي فيرد على القاعدة القانونية ذاتها بعد استخلاصها وذلك من زاوية تطبيقها لا تحديد معناها ابتداءً.

(٣) التفسير التوجيهي ليس صالحاً بذاته للتطبيق بغير قرار من الجهة التي يوجه إليها هذا التفسير، بخلاف الأنواع الأخرى، فإنها قابلة للتطبيق تلقائياً «- auto

«application» بقوة القاعدة القانونية محل التفسير وما تناله من حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا .

(٤) التفسير التوجيهي هو محض إرشاد أو توصية لما يجب الأخذ به يخضع لتقدير السلطة القائمة بالتطبيق ، بخلاف الحال في التفسير المقيد الذي ينتهي إلى الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ، فإنه يتصف بالإلزام ، ومن ثم لا يعتبر التفسير التوجيهي دعامة للمنطوق ، ولا أساساً للفصل في أية مسألة دستورية .

(٥) لا يهدف التفسير التوجيهي إلى تحديد النطاق القاعدي للنص بالتضييق أو بالتوسعة ، وإنما يهدف إلى مجرد الاستئثار بحكم الدستور لتوجيه السلطة المختصة بالتطبيق سواء كانت هي السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية ، مع إعطائها سلطة تقديرية في إقرار ما تراه .

ويرتكز التفسير التوجيهي على أمرين :

(٢) درجة التفسير .

(١) موضوع التفسير .

٩٥ - موضوع التفسير التوجيهي

أما عن موضوع التفسير ، فإنه يأتي بمجموعة من المبادئ «principes» ولا يأتي بأى مضمون قاعدي . فالتفسير التوجيهي لا يفسر القاعدة القانونية وإنما يوجه لما يجب أن يكون عليه تطبيقها .

وواقع الأمر ، فإن القاعدة القانونية تتضمن تكليفاً بعمل أو بامتناع عن عمل طبقاً لمبدأ معين يعتنقه المشرع . ويعتبر هذا التكليف بما يتصف به من عمومية وتجريد هو جوهر القاعدة القانونية . وفي هذا الإطار يتعين التمييز بين المبادئ والقواعد ، فالأخيرة ، يتصف مضمونها بالتحديد والإلزام ، أما الأولى فإنها تتصف بالعمومية والإرشاد . فالقواعد القانونية تقدم الحلول القانونية مباشرة بطريقة محددة ، أما المبادئ فإنها تقتصر على تقديم الفكر المنطقي الذي يقود إلى نمط معين من الحلول دون التقيد بحل معين فتختار القاعدة القانونية هذا النمط في ضوء هذه المبادئ . فتطبيق المبادئ ينطوي بالضرورة على درجة مرتفعة من السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع تطبيقاً لمبدأ معين ما لم تكن مبادئ دستورية يلتزم باحترامها . وكما قال البعض^(١) في تصوير التفرقة بين

Thierry Di Manno, op. cit., p.278.

(١) انظر Zagribelsky مشار إليه في مؤلف :

القواعد والمبادئ، فإن الأولى يجب إطاعتها، أما الثانية فيجب تأييدها. كما تتميز المبادئ عن القواعد بدرجة كبيرة من المرونة، فهي بطبيعتها تقدم معايير إرشادية لاتخاذ حل معين تجاه أوضاع غير محددة سلفا، بخلاف القواعد فإنها تأمر بحل معين يبين ما يجب عمله وما لا يجب عمله. فإذا اختار المشرع هذا الحل وعبر عنه قامت بهذا الاختيار القاعدة القانونية التي تخضع لأنواع التفسير الأخرى (المقيد والإنشائي).

وفيا يتعلق بالمخاطبين بالتفسير التوجيهي، فإنه يؤدي بالنسبة إليهم الدور الذي تؤديه البوصلة تجاه القطب، فهي تشير إليه، ولكنها لا ترسم خط سير تفصيلي للوصول إليه. وكنتيجة لذلك، فإنه إذا لم يمكن تطبيق التشريع وفقا للدستور بطريقة محددة تحديدا دقيقا، فإن التفسير التوجيهي يحدد - على الأقل - نطاقا دستوريا للسلطات المكلفة بتطبيقه. ويتطلب ذلك تحديد المخاطبين بالتفسير الإرشادي، فهؤلاء يجب أن يكونوا قابلين للتحديد. وبوجه عام، يمكن القول بأن غالبية المخاطبين بهذا التفسير هم السلطات المكلفة مباشرة بتطبيق التشريع؛ وهم بوجه عام الحكومة وهيئاتها الإدارية، والقضاء العادي. وقد عني المجلس الدستوري الفرنسي باستخدام منهج التفسير التوجيهي لتحديد نطاق أعمال السلطة التنفيذية. وطبق المجلس الدستوري هذا المنهج التفسيري بالنسبة إلى قوانين التفويض التي ترخص طبقا للمادة ٣٨ من الدستور الفرنسي للحكومة في إصدار أوامر في المجالات التي ينفرد بها التشريع عادة لتنفيذ برنامجها. فطبقا لهذه المادة يحدد البرلمان تاريخين أولهما لكي تصدر خلاله الأوامر التي تريد الحكومة إصدارها، وثانيهما لكي تودع الحكومة قبل انقضائه مشروع قانون التصديق على هذه الأوامر، وإلا أصبحت ملغاة. فقد وجه المجلس الدستوري الفرنسي الحكومة في هذا الشأن إلى أن نصوص قانون التفويض لا يمكنها أن تسمح لها أثناء ممارسة سلطتها المخولة لها تطبيقا للمادة ٣٨ من الدستور بأن تفلت من احترام القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية، وأنه يتعين على المجلس الدستوري أن يتحقق من خلو قانون التفويض من أي نص يسمح بإنكار هذه القواعد والمبادئ^(١).

(١) Décision no.86-207 du 25-26 juin 1986, Rec. p. 61, décision no.86-208 du 1er-2 juillet 1986, Rec. p. 78. Décision no.95-370 du 30 décembre 1995, Recueil jur. const.

(1994-1997) p. 650.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار الأوامر التي تصدرها الحكومة قبل التصديق عليها من البرلمان قرارات إدارية تخضع لرقابة في ضوء قانون التفويض. C.E.Lect.3,3 novembre 1961; C.E.Ass., 24 novembre 1961, Favoreu, Ordonnances de l'article 38 de la constitution, Recueil des arrêts du conseil d'Etat, 1987, p. 686 ets. ==

٩٦- درجة التفسير التوجيهي

أما عن درجة التفسير ، فإنه ينقسم إلى نوعين :

(١) منهج بسيط . (٢) منهج مدعم .

وبالنسبة إلى المنهج البسيط ، فإنه يتمثل في دعوة المحكمة الدستورية للسلطات المكلفة بتطبيق التشريع إلى مراعاة مبدأ يتمتع بالعمومية في مضمونه ، بحيث يحفظ لهذه السلطات قدر كبير من الحركة في تنفيذ هذه المهمة . ومن قبيل ذلك في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية توجيه المحكمة للقضاء في ثانياً أحد أحكامها بمراعاة التوازن بين متطلبات سرعة المحاكمة ، وفاعلية مباشرة الإجراءات في حضور الخصوم^(١) . وفي قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر ، توجيه المحكمة للسلطة التنفيذية بشأن حق التعليم ، أن يكون لكل مواطن الحق في أن يتلقى قدراً من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته ، وأن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر اتفاقاً مع ميوله وملكاته ، وفق القواعد التنظيمية التي يضعها المشرع بما لا يؤدي إلى مصادرة هذا الحق أو الانتقاص منه . وكذا توجيه المحكمة بشأن التعليم العالي بوجوب أن يرتبط في أهدافه وأسس تنظيمه بحاجات المجتمع وإنتاجه^(٢) . وكذلك ما قالته المحكمة الدستورية العليا من أنه في نطاق الأغراض التي يتوخاها التعليم ، وانطلاقاً من المسؤولية التي تتحملها الدولة في مجال إشرافها عليه - وعلى ما تقضى به المادة ١٨ من الدستور - فإن موقفها منه لا يجوز أن يكون سلبياً أو متراجعاً أو محدوداً^(٣) . وكذلك ما قالته المحكمة الدستورية العليا من أن الأموال التي تجبئها الدولة من ضرائبها العامة ، وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية ، وبوجه خاص ما تعلق منها بتأمين مجتمعتها ، والعمل على تطويره من الناحيتين

== وخلافاً للمجلس الدستوري الفرنسي ، فقد استقرت المحكمة الدستورية الإيطالية على أنه لا يمكن مراقبة دستورية قانون التفويض بمنأى عن الأوامر التي تصدر بناء عليه (طبقاً للمادة ٧٦ من الدستور الإيطالي) ، وذلك على أساس أن قانون التفويض والأوامر الصادرة بناء عليه تعتبر وحدة غير قابلة للتجزئة ، وأنه لا يمكن التحقق من مدى دستورية قانون التفويض قبل موافقة البرلمان على الأوامر الصادرة بناء عليه (انظر الحكم الصادر في القضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٧ المشار إليه في Thuerri Di M anno, p. 285).

Thierry Di Manno, op. cit., p. 294

(١) انظر :

(٢) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) ص ١٣٢ .

(٣) دستورية عليا في ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ ، المجموعة السابقة ج ٧ قاعدة رقم ٤٣ ص ٦٨٣ .

الاجتماعية والاقتصادية . ويلزم ذلك ، أن تتقيد السلطة التنفيذية بالقواعد التي ترصدها السلطة التشريعية ليتم بموجبها الانفاق العام ، فلا يكون إسرافاً أو تبديداً أو إرشاء أو إغواء ، بل منضبطاً وأميناً ، مقتصداً ورشيداً^(١).

أما المنهج المدعم ، فإنه يتمثل في إعطاء مبادئ للسلطات المختصة بالتطبيق تتسم بقدر من العمومية أقل مما هو عليه الحال وفقاً للمنهج البسيط . وهذه المبادئ تهدف إلى إرشاد المخاطبين بها لتحديد الطريق الواجب اتباعه عند تطبيق التشريع . فهي ليست مجرد دعوة إلى السلطات المكلفة بالتطبيق نحو احترام مبدأ عام للعمل بمقتضاه أو احترام مبدأ دستوري معين يعرض بطريقة بالغة العمومية ، ولكنها على العكس من ذلك تعين هذه السلطات على مهمتها في تطبيق التشريع . وواقع الأمر ، فإن التفسير التوجيهي المدعم وإن استوحته المحكمة من الدستور ، إلا أنه لا يقتصر على تقديم مبدأ دستوري في هيئة مادة خام ، وإنما تعنى المحكمة الدستورية من خلاله باستخلاص النتائج المترتبة على هذا المبدأ الدستوري ، لكي تصل إلى مبدأ آخر يعتبر بمثابة امتداد لمبدأ دستوري . فتكون في واقع الأمر إلى حد ما ، حيال مبدأ مستمد من الدستور ، لأنه ينبعث من مبدأ دستوري ، ويمثل ضمانة أساسية نحو احترامه من خلال تطبيق القانون . مثال ذلك ، ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر من أن مقدار الضريبة أو مبلغها أو دينها يتحدد مرتبطاً بوعائها ، فإذا انتفى هذا الارتباط لم تتوافر الأسس الموضوعية للضريبة^(٢) . فهنا يوجد توجيه من المحكمة بمراعاة الارتباط بين مقدار الضريبة ووعائها عند ربطها .

(١) دستورية عليا في ٨ إبريل سنة ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٤٠ ص ٦٠٩ .

(٢) دستورية عليا في ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٧ ص ٨٠ .

الباب الخامس

الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

يشير الحكم في الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ثلاثة موضوعات :

(الأول) : الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع .

(الثاني) : الحكم الفاصل في الموضوع .

(الثالث) : أثر الحكم الصادر في الدعوى الدستورية .

وندرس فيما يلي كلا من هذه المسائل في فصول متعاقبة .

الفصل الأول

الحكم الصادر قبل الفصل في موضوع الدعوى الدستورية

٩٧ - الرقابة على سلامة اتصال المحكمة بالدعوى

تباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على النصوص التشريعية المطعون عليها متى اتصلت بها الدعوى الدستورية اتصالاً سليماً. ويتوقف هذا الاتصال على اتباع التنظيم الإجرائي السليم للرقابة الدستورية على النحو الذى بيناه آنفاً. وتعتبر الأوضاع التى حددها القانون فى إطار هذا التنظيم لاتصال المحكمة الدستورية بالدعوى مسألة متعلقة بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية فى التداعى فى المسائل الدستورية وفقاً للإجراءات التى رسمها القانون طبقاً للدستور^(١). ولا تلتزم المحكمة الدستورية بالرأى أو التكييف الذى تعطيه المحكمة العادية حين تحيل إليها الدعوى الدستورية أو ترخص برفعها. فالمحكمة الدستورية وحدها هى التى تستقل بتحديد المسألة الدستورية ومدى ارتباطها بالنزاع المعروض على المحكمة العادية^(٢). ولاشك أن استقلال المحكمة الدستورية بهذا التحديد يرتبط بالدور الدستورى التى دعت

(١) انظر فى هذا المعنى دستورية عليا ١٦ مايو سنة ١٩٨٧، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٤ قاعدة رقم ٥ ص ٣١، ٥ أكتوبر سنة ١٩٩١ المجموعة السابقة ج ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٥ ص ٢٢؛ ٢ نوفمبر سنة ١٩٩١ قاعدة رقم ٨ ص ٣١، أول فبراير سنة ١٩٩٢ قاعدة رقم ٢٠ ص ١٥٨، ٧ مارس سنة ١٩٩٢ قاعدة رقم ٢٣ ص ١٩٩؛ ٤ يولية سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة ج ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ١ ص ١٥، ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة (ج ٥، المجلد الثانى) قاعدة رقم ٦ ص ٥٦، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ قاعدة رقم ١١ ص ١٢٤، ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ قاعدة رقم ١٧ ص ٢١٢، ١٥ مايو سنة ١٩٩٣ قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٩٣.

(٢) انظر دستورية عليا فى ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٣ فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧، ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٧٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

المحكمة لممارسته . وهو ما سبق أن عبرنا عنه فيما تقدم في قولنا بأن قبول الدعوى الدستورية متوقف أيضا على وجود شبهة جدية بعدم الدستورية^(١).

ولا تتصل المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية ، في حالتين هما عدم الاختصاص ، وعدم القبول .

وننبه إلى أنه إذا كانت مسائل الاختصاص والقبول سابقة على فحص موضوع الدعوى الدستورية ، إلا أن بحث هذه المسائل قد يقتضى مبدئيا إجراء بحث في النصوص الدستورية والتشريعية وموضوع الدعوى الدستورية لمعرفة ما إذا كان يدخل في اختصاص المحكمة ، أو كانت للخصم مصلحة في الفصل في المسألة الدستورية موضوع الدعوى الدستورية وهى شرط لقبولها^(٢).

٩٨ - الحكم بعدم الاختصاص

تقضى المحكمة بعدم الاختصاص إذا كانت النصوص المطعون عليها بعدم الدستورية ، مما تخرج عن ولاية المحكمة الدستورية العليا ، على النحو الذى أوضحناه فيما تقدم .

٩٩ - الحكم بعدم القبول

تقضى المحكمة بعدم القبول إذا رفعت الدعوى الدستورية خلافا للأوضاع التى حددها القانون فى التنظيم الإجرائى لاتصال المحكمة بالدعوى وفقا لما أوضحناه فيما تقدم . ويعنى هذا الحكم عدم قبول النظر فى الدعوى الدستورية . ويكون ذلك لأحد الأسباب الآتية :

(أ) عيب شكلى فى صحيفة الدعوى كعمل إجرائى ، سواء تعلق بالبيانات الواجب ذكرها بها ، أو بميعاد رفعها ، أو بصفة المحامى الموقع عليها ، أو عدم إيداع توكيل المحامى الذى وقع على الصحيفة .

(١) مثال ذلك دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٠٦ سنة ١٨ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٩٧ .

(٢) انظر فى ذلك :

Roland Ricci, le procès constitutionnel en Italie, Economica, 1996, pp. 46 - 48.

(ب) عدم سلامة اتصال المحكمة بالدعوى لانتفاء المصلحة الشخصية القائمة على ارتباط المسألة الدستورية بالدعوى المرفوعة أمام المحكمة العادية .

(ج) رفع الدعوى الدستورية بعد صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا برفض الدعوى بعدم دستورية النصوص المطعون عليها . فهذا الحكم كما سنيين فيما بعد ينطوى على تفسير النصوص المطعون عليها بأنها مطابقة للدستور، ويجوز بهذا المعنى حجية مطلقة تحول دون الطعن عليها من جديد بعدم الدستورية^(١).

١٠٠- أحكام إجرائية أخرى

وعدا هاتين الحالتين ، فإن المحكمة تقضى بانقطاع الخصومة إذا توفى المدعى قبل أن تنهيا المحكمة للحكم في موضوع الدعوى^(٢). كما تقضى بإثبات ترك المدعى للخصومة إذا قرر بتركها في الدعوى الدستورية ، بمقتضى توكيل يخوله ذلك صراحة^(٣). وتقضى باعتبار الخصومة منتهية إذا كان قد صدر حكم سابق من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النصوص المطعون عليها^(٤)، وكانت الدعوى الدستورية قد رفعت قبل صدور هذا الحكم .

(١) انظر مثال ذلك دستورية عليا في ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ١٣ ص ٧٤ ، دستورية عليا في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٩٥ ، المجموعة السابقة جـ ٧ قاعدة رقم ١١ ص ٢١٩ .

(٢) دستورية عليا في ٢ نوفمبر سنة ١٩٩١ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ٧ ص ٢٩ .

(٣) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٢ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٢٧ ص ٢٤٢ .

(٤) انظر مثالا لذلك دستورية عليا في ٦ إبريل سنة ١٩٩١ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ١ ص ٩ ، ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ٦ ص ٧٦ ، ٢٠ يونيو سنة ١٩٩٤ ، المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٠٢ ، ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٧٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» ، دستورية عليا في ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٥٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٩٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» ، منشورين في الجريدة الرسمية - العدد ٣٨ في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٩٨ .

الفصل الثانى

الحكم الفاصل فى موضوع الدعوى الدستورية

١٠١ - المبادئ التى تحكم الفصل فى موضوع الدستورية موضوع الدعوى

يتم الفصل فى موضوع الدعوى الدستورية وفقا لعدة مبادئ تبدو فيما يلى :

(١) مدى مطابقة تفسير النص التشريعى مع تفسير النص الدستورى ، فبعد أن تنتهى المحكمة من تحديد المسألة الدستورية التى يثيرها النص التشريعى المطعون فيه ، تفصل المحكمة الدستورية فى موضوع الدعوى فى ضوء مدى مطابقة التفسير الذى حددته للنص التشريعى مع التفسير الذى أعطته للنص الدستورى ، وذلك فى ضوء ضوابط الرقابة الدستورية التى حددناها من قبل . فإذا رأت المحكمة أن النصوص التشريعية المطعون عليها مطابقة للدستور قضت برفض الدعوى الدستورية . وإذا رأت أن هذه النصوص غير مطابقة للدستور قضت بعدم الدستورية . وتتم هذه المطابقة فى ضوء علاقة التدرج بين النصوص الدستورية ، والنصوص التشريعية فى النظام القانونى . فالنصوص التشريعية تستند فى صحتها إلى النصوص الدستورية الأعلى مرتبة منها والتى تعتبر بالنسبة إليها أساسا يرتكز عليها . والرقابة الدستورية على هذا النحو هى التى تضمن أثر التدرج بين هذين النوعين من النصوص ، فتخضع صحة النصوص التشريعية للشرعية الدستورية^(١) . وذلك باعتبار أن وسيلة الرقابة الدستورية هى فى إعمال أثر الرابطة الدستورية بين النصوص التشريعية وما ترتكز عليه من نصوص دستورية ، فتكون الرقابة على الدستورية هى بالدرجة الأولى رقابة على صحة النصوص التشريعية .

(٢) الفصل فى المسائل الدستورية الأولية - فقد يعتمد الفصل فى المسألة الدستورية

Eisenmann, op. cit., p.22.
G.Drago, op. cit., p.34, 35.

(١) انظر:

موضوع الدعوى الدستورية على الفصل في مسائل دستورية أولية، يتعين عليها ابتداء أن تفصل فيها. ولا يشترط أن يكون الفصل في هذه المسائل الأولية صريحا في المنطوق، فقد تضمنه الأسباب إذا كانت لازمة للفصل في المنطوق. ومن قبيل ذلك ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أنه كلما صدر قانون لاحق يعتبر أصلح للمتهم، فإن المحكمة لا تبحث مدى اعتبار القانون الجديد أصلح للمتهم إلا إذا تبين لها اتفاق القانونين السابق واللاحق مع أحكام الدستور. فإذا ثبت لها هذا الاتفاق وتبين لها أن القانون الجديد أصلح للمتهم كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة لانتهاء المصلحة، إلا أن منطوق الحكم لا يخفى منطوقا ضمنيا ورد في الأسباب هو دستورية القانونين القديم والجديد، باعتبار أن اتفاق هذين القانونين مع أحكام الدستور مسألة دستورية فرعية سابقة على بحث مدى اعتبار القانون الجديد أصلح للمتهم^(١).

ومن ناحية أخرى إذا كانت المسألة الدستورية تتعلق بالعيوب الموضوعية للنصوص المطعون عليها من حيث مخالفتها لقاعدة في الدستور، فإنه يتعين على المحكمة الدستورية العليا أن تتحقق ابتداء من استيفاء هذه النصوص للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور، وذلك على أساس أن العيوب الشكلية - وبالنظر إلى طبيعتها - لا يتصور أن يكون بحثها تاليا للخوض في المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها، ويتعين على هذه المحكمة بالتالي أن تتحررها بلوغا لغاية الأمر فيها، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها محددا في إطار المطاعن الموضوعية دون سواها، ومن ثم تفرض العيوب الشكلية نفسها على المحكمة دوما، إذ لا يتصور أن تتجاهلها عند نظر أى مطاعن موضوعية^(٢).

وفي ضوء ما تقدم، يبين أن أسباب الحكم بعدم الدستورية قد تنطوي على أحكام فاصلة في مسائل دستورية فرعية، بجانب الحكم الصادر في المسألة الدستورية الأصلية موضوع الدعوى الدستورية والذي يعتمد كل الاعتداد على الفصل في جميع المسائل الدستورية الفرعية.

(١) راجع دستورية عليا في ٣ يناير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في العدد ٣ في ١٥ يناير سنة ١٩٩٨.

(٢) دستورية عليا في ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٢ ص ٥٧.

وقد يؤدي بحث المحكمة لمسألة دستورية أولية إلى التحقق من عدم دستورية النص المطعون عليه أو بتأكيد دستوريته، ثم يؤدي تحديد المسألة الدستورية موضوع الدعوى الدستورية إلى عدم قبولها شكلا لانتفاء المصلحة. وعند اجتماع موجبات الفصل في الموضوع مع موجبات الفصل في الشكل يتعين الحكم بعدم القبول لأنه أسبق من الحكم في الموضوع.

(٣) الأصل هو عدم التدخل في السلطة التقديرية للمشرع، فمتى رأت المحكمة الدستورية أن المشرع قد اختار في مجال تنظيم الحقوق البديل الذي يراه أكثر مناسبة لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم، فلا تعقيب على تقديره في الموازنة، طالما أن البديل الذي ارتآه المشرع لا يخالف فيه للدستور^(١). فالدستور لم يقيد السلطة التقديرية للمشرع بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها^(٢). وفي هذا الصدد اهتم القانون الإيطالي الخاص بالمحكمة الدستورية بأن ينص في المادة ٢٨ منه على أن الرقابة على دستورية تشريع أو قرار له قوة القانون تستبعد كل تقدير ذي طبيعة سياسية، كما تستبعد أي رقابة على السلطة التقديرية للبرلمان^(٣).

ويقف وراء هذا المبدأ أن رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع تقيّد سلطته السياسية ويجعل المحكمة تحل محله في هذه السلطة، وهو ما لا يتفق مع مشروعية القضاء الدستوري. كما أن تقييد المحكمة باحترام قواعد التفسير دون التدخل في سلطة المشرع التقديرية يجنب الوصول بالنظام إلى حكومة القضاة، على أساس أن القاضى الدستوري لا يحكم، وإنما ينحصر دوره في تحديد كلمة الدستور فيما يعرض

(١) دستورية عليا في ٤ مايو سنة ١٩٩١ في القضية رقم ٢٣ لسنة ٩ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٤، قاعدة رقم ٤٠ ص ٣٣٥، وفي ٧ مارس سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٨ لسنة ٨ قضائية (دستورية). مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٢٦ ص ٢٢٤.

(٢) دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢١ في ٢١ مايو سنة ١٩٩٨. وفي هذا الحكم، قالت المحكمة الدستورية العليا بأن التمييز في مجال الانتفاع بالعمل — ودوننا ضرورة تقتضيها الشروط الموضوعية لتنظيمه — وعلى الأخص ما اتصل منها بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، وما يحيطها من عناصر بيئتها، يكون مخالفا للدستور.

(٣) A. Pizzorusso, "le contrôle de la cour constitutionnelle italienne sur l'usage parle. législateur de son pouvoir discrétionnaire", AJC, 1986, p. 35.

عليه . ولهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا بأن الرقابة على الدستورية لا شأن لها بالسياسة التشريعية التي يعتنقها المشرع لتنظيم أوضاع بعينها ، كلما كان تنفيذها - من خلال النصوص القانونية - لا يناقض حكما في الدستور^(١) . فعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا يجب أن تكون الرقابة على الشرعية الدستورية متوازنة لا تميل اندفاعا ولا تتراخى تخاذلا مقيدة بما يصون موجباتها ، ويرعى حقائقها ، وبما لا يعزلها عن جوهرها كأداة تكفل في آن واحد سيادة الدستور ، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتهما الدستورية ، مما لا يجوز معه أن تنزل المحكمة الدستورية برقابتها إلى جد اقتحام الحدود التي تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها الدستورية في دائرتها^(٢) .

وقد استقر المجلس الدستوري الفرنسي على عدم التحقق من ملاءمة النص التشريعي^(٣) . وقد ثار البحث حين يتطلب الدستور لتدخل المشرع توافر الضرورة ، حول مدى سلطة المحكمة الدستورية في مراقبة المشرع في تقدير هذه الحالة . لقد ذهبت المحكمة الدستورية إلى أنه لا يجوز أن يؤثم المشرع أفعالا في غير ضرورة اجتماعية ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة ولكنها اشترطت لمراجعة المشرع في هذا التقدير أن يكون التجاوز بصورة واضحة ظاهرة وخارج هذا النطاق^(٤) وحتى لا تعتبر الرقابة اقتحاما لضمير المشرع ، أكدت المحكمة أن هذا التقدير لا يجوز أن ينحرف خارج الإطار الذي حدده الدستور^(٥) . مما يفيد أن هذه الرقابة تنصرف إلى حسن تطبيق الدستور لا إلى السلطة التقديرية للمشرع .

وواقع الأمر ، أن المشرع يمارس سلطته التقديرية عند التشريع مستهدفا تحقيق أهداف

(١) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

(٢) دستورية عليا في ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٩ ص ١٧٦ .

(٣) Décision no. 89-261 du 28 juillet 1989, Recueil jur. const. (1959-1993), op.cit., p. 370.

(٤) انظر دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٩٧ مكررا في ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣ .

(٥) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ العدد (٣) .

الدستور. فالسلطة التقديرية ليست حرة مطلقة، ولكنها حرة في إطار الأغراض التي يتوخاها الدستور، وإلا تحولت إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة. فإذا انحرفت السلطة التشريعية عن الأهداف التي يتوخاها الدستور، وقعت أعمالها التشريعية تحت طائل الرقابة. والذي يخرج عن نطاق الرقابة هو تقدير الملاءمة لاختيار بديل بين عدة بدائل كلها تتفق مع أهداف الدستور^(١).

ويلاحظ أنه في حالة الضرورة يجوز لرئيس الجمهورية طبقا للمادة ١٤٧/١ من الدستور، إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن أن توفر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هي علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضابطة بتلك التدابير العاجلة، بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور لها ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جهوها أو انحرافها^(٢). ومناطق ذلك في رأينا أن يكون تخلف الضرورة واضحا لا لبس فيه ظاهرا لا يحتاج إلى مراجعة، حتى لا تتوغل المحكمة الدستورية في مناقشة تقدير السلطة التشريعية لمكونات الضرورة كما رأتها السلطة التنفيذية.

وواضح أن الرقابة الدستورية على تقدير مدى توافر حالة الضرورة يرد بطريق غير مباشر على السلطة التنفيذية عند مباشرتها اختصاصا استثنائيا مخلوا بحسب الأصل للسلطة التشريعية. ولا يحول دون هذه الرقابة أن يقر مجلس الشعب القرارات التي صدرت في غيبته في حالة الضرورة (المادة ١٤٧/٢) لأن هذا الإقرار لا يصحح العوار الدستوري الذي يشوب تقدير السلطة التنفيذية لحالة الضرورة.

(١) انظر في الموضوع: - Pizzorusso, Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, Annuaire International de la Justice constitutionnelle, 1986, p.35 - 55.

(٢) دستورية عليا في ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣١ ص ٢٨٥، ٣ يولية سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٧، قاعدة رقم ٢ ص ٤٥، ٢ يناير سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»

وقد التزمت المحكمة الدستورية بمعيار الخطأ الواضح في التقدير لمراقبة السلطة التقديرية للمشرع في مجال الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب^(١)، وهو ذات النهج الذى سار عليه المجلس الدستوري الفرنسى في اعتناق مبدأ الخطأ الواضح لمراقبة السلطة التقديرية للمشرع^(٢).

ويلاحظ أنه في الأحوال التى تكون فيها نصوص التشريع بالغة العمومية، فإن الرقابة على دستوريته لا تحول دون إعطاء قدر واسع من حرية التفسير للمحكمة الدستورية. ولتجنب هذه الحرية الواسعة في التفسير التى قد تؤدي إلى التدخل في السلطة التقديرية للمشرع، اتجهت بعض النصوص الدستورية الحديثة (على سبيل المثال في أسبانيا والبرتغال) إلى أن تبين بذاتها الحدود التى يمكن أن يضعها المشرع لممارسة الحقوق والحريات. وتعتبر هذه النصوص في ذاتها بمثابة موجه للقضاء الدستوري في تفسير النصوص التشريعية عند ممارسة الرقابة على دستوريته. مثال ذلك في الدستور المصرى ما نصت عليه المادة ٤١ منه من أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس، فيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل «إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع». فهذا القيد يعين المحكمة الدستورية في تفسير نصوص التشريع التى تضمن الحرية الشخصية في مواجهة القبض أو التفتيش أو الحبس أو غير ذلك من إجراءات تقييدها. وكذلك ما نصت عليه المادة ٤٢/٢ من الدستور المصرى من أن (كل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شىء مما تقدم أو التهديد بشىء منه يهدر ولا يعول عليه)^(٣)، يعتبر مؤشرا دستوريا واضحا في تفسير نوع الجزاء الإجرائى المترتب على أى دليل قوى بنى على تعرضه لأحد عوامل الإكراه المادى أو المعنوى أو التهديد به، وهو البطلان المتعلق بالنظام العام. ولا يحتاج الأمر في ضوء هذا التوجيه الدستوري إلى ممارسة أية حرية في تفسير النص بما يمكن اعتباره تدخلا في السلطة التقديرية للمشرع.

(١) انظر بند ١٧٨ فيما بعد.

Déc. no. 80-127 du 19 et 20 jan 1981, Rec. op. cit., p. 91.

(٢)

Déc. no. 84-129 du 12 sept. 1984, Rec. op. cit., p. 197.

(٣) نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن «كل مواطن يقبض عليه أو يجس أو يقيد حريته بأى قيد تحب معاملته بما يحفظ كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا ومعنويا، كما لا يجوز حجزه أو حبسه في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون».

١٠٢- مضمون أحكام المحكمة الدستورية في موضوع الدعوى الدستورية
 باستقراء نظم الرقابة على دستورية القوانين ، تنقسم أحكام المحكمة الدستورية
 بوجه عام إلى ثلاثة أنواع :

١٠٣ - (أولا): الأحكام البسيطة "Simples"

ويعنى بذلك الأحكام الخالصة غير المركبة ، التى تنتج أثرها بغير شرط أو تحفظ .
 وينصرف هذا النوع إلى الأشكال الآتية :

(١) الأحكام بعدم الدستورية *Inconstitutionnalité* ، فهى تتضمن إعلانا أو
 منطوقا بعدم الدستورية . وفى هذا الصدد يجب التمييز بين نظام الرقابة السابقة ،
 ونظام الرقابة اللاحقة . ففي الأول يعتبر منطوق الحكم عائقا دون إصدار القاعدة
 القانونية المخالفة للدستور، بينما فى النظام الثانى يعتبر منطوق الحكم محمدا لحذف
 القاعدة القانونية من النظام القانونى سواء بإلغائها أو بإبطالها حسبما ينص قانون
 المحكمة . ففي بعض النظم تقتصر المحكمة على إعلان بطلان القاعدة القانونية كما فى
 ألمانيا، وتركيا، وأسبانيا^(١) . بينما فى بعض النظم الأخرى يقتصر منطوق المحكمة على
 إعلان عدم الدستورية كما فى النمسا . والفرق بين الاثنين يبدو فى أثر الحكم ، ففي
 النظام الأول ، ينصب الأثر على صحة القاعدة القانونية منذ تاريخ العمل بها ، بخلاف
 النظام الثانى ، فإن الأثر ينصب على إلغاء القاعدة القانونية منذ الحكم بهذا الإلغاء بعد
 أن كان معمولاً بها . وهناك نظام ثالث فى يوغوسلافيا ، حيث يوجد الحكم بإعلان عدم
 الدستورية دون أن يترتب عليه حالا أى أثر فى إلغاء القاعدة القانونية المطعون عليها .
 ففي يوغوسلافيا يترتب على هذا الحكم إخطار البرلمان به حتى يتمكن فى خلال ستة
 شهور (يمكن مدها) من تعديلها على نحو يجعل القاعدة القانونية المحكوم بعدم
 دستورتها مطابقة للدستور . فإذا لم يقم البرلمان بذلك فى المدة المحددة تصدر المحكمة
 حكما ثانيا بإلغاء تطبيق القاعدة القانونية .

(١) Cardoso da costa; Rapport Général; La justice constitutionnelle dans le carde des pou-
 voirs de l'Etat, VII ène conférences des Cours constitutionnelles Européennes, Lisbonne,
 26 - 30 Avril 1987, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica,
 1987, p.26, 48, 99.

وأياً كان الحكم بعدم الدستورية ، فإن مضمونه بوجه عام يتحدد في ضوء موضوع الدعوى الدستورية سواء في نظام الرقابة الدستورية المجردة "Abstrait" أو الرقابة الدستورية المحددة "Concrét" .

(٢) الأحكام الرافضة للدعوى الدستورية . وتختلف هذه الأحكام في مضمونها ، وإن اتحدت في جوهرها السلبي بالنسبة إلى الدعوى الدستورية . ففي سويسرا ، يكون الحكم بعدم إعلان عدم الدستورية "Non déclaration d'inconstitutionnalité" . ويكون الحكم بنفس المنطوق في البرتغال في حالة الرقابة الدستورية المجردة . بينما يكون الحكم بعدم القبول أو برفض الدعوى أو الطعن ، أو برفض المسألة الدستورية (كما في أسبانيا ، وإيطاليا ، وبلجيكا ، وأيرلندا والنمسا)^(١) .

١٠٤ - (ثانياً): الأحكام الوسيطة "Intermédiaires"

ويقصد بها تلك الأحكام التي تصدر في الأحوال التي تريد فيها المحكمة أن تتفادى الحكم بعدم الدستورية لأسباب تقدرها ، منها المحافظة على الأمن القانوني . ويتمثل هذا النوع من الأحكام في الأشكال الآتية :

(١) أحكام بالتفسير المطابق للدستور وفقاً لمنهج معين في التفسير تلجأ إليه المحكمة للحيلولة دون الحكم بعدم الدستورية ، سواء انصب هذا المنهج على تفسير القاعدة الدستورية أو تفسير القاعدة القانونية التشريعية . وقد بحثنا هذا المنهج عند بحث سلطة المحكمة في التفسير . وتعتبر هذه الأحكام نوعاً من الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية .

(٢) أحكام بعدم الدستورية الجزئية "Inconstitutionnalité partielle" حيث ينصب منطوق الحكم بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون عليه أو على فقرة أو عبارة منه أو على مجرد أحد أبعاد القاعدة القانونية التي يتضمنها النص . ويطلق على هذا الأسلوب بعدم الدستورية الجزئية (من الناحية الكيفية) . ويتوقف هذا الحكم على إمكان الفصل بين أكثر من معنى يربته النص المطعون عليه ، فإذا كانت المعاني غير قابلة للانقسام تعذر إصدار هذا النوع من الأحكام . وتعتبر نوعاً من الأحكام بعدم الدستورية .

Cardoso de costa, op. cit., p.27.

(١)

(٣) أحكام مشروطة " *Décisions conditionnelles* " وهى التى تدعو المشرع إلى تعديل النص المطعون عليه بما يتفق مع الدستور، أو التى تقرر مجرد الإعلان بعدم مطابقة القاعدة القانونية الواردة بالنص للدستور، دون الحكم بعدم الدستورية. وهذا النوع من الأحكام لا يؤدي إلى عدم تطبيق القاعدة القانونية المعلن عدم دستوريته. وقد استحدثته المحكمة الدستورية الألمانية لأسباب تتعلق بالنظام الدستوري وهى المحافظة على الأمن القانوني " *Securité juridique* "، الأمر الذى يحتم الإبقاء على سريان القاعدة غير الدستورية لمدة انتقالية لتفادي أية نتائج تمس النظام الدستوري " *Ordre constitutionnel* ". ويلتزم المشرع فى هذه الحالة إلى أن يتكيف مع الدستور بتعديل النص الذى صدر بشأنه الحكم بإعلان عدم مطابقته للدستور. ويلتزم المشرع أيضا عند إجراء التعديل التشريعي بأن يضع القواعد المناسبة التى تسرى على الماضي احتراماً لمبدأ المساواة أمام القانون^(١).

وهذا النوع من الأحكام يقف وسطاً بين الأحكام برفض الدعوى الدستورية والأحكام بعدم الدستورية، وقد ساء البعض بالطريق الثالث للأحكام^(٢). وقد استخدم المجلس الدستوري الفرنسي هذا الطريق من الأحكام مؤسساً قراره بالدستورية على تفسير إنشائي معين للنص التشريعي يعتبر شرطاً لدستوريته. وقد نبه الفقه الدستوري إلى أن مشروعية التفسير الذى يتوقف عليه رفض الدعوى الدستورية يجب أن يحترم كلا من الدستور والبرلمان، مما يقتضاه أن انفراد المجلس الدستوري بتفسير معين لتجنب الحكم بعدم الدستورية يجب أن يحافظ على كل من الدستور وإرادة المشرع^(٣). وسوف نبحت هذا النوع من الأحكام بشيء من الإيضاح عند دراسة الأمن القانوني فى مجال بحث أثر الحكم بعدم الدستورية.

وبجانب هذا الشكل من الأحكام، هناك أحكام بعد أن قضت بعدم الدستورية، أوضحت مجموعة من المبادئ التى يجب على القانون الجديد احترامها حتى يصبح

Wolfgang Zeidler; Cours constitutionnelle Fédérale Allemande, Annuaire international de (١) justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.51.

Alexandre Viala, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, L.G.D.J., Paris, p. 18.

Alexandre Viala, op. cit., p. 45.

(٣)

مطابقا للدستور. وقد أشار التقرير البرتغالي المقدم إلى المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية الأوروبية (لشبونة من ٢٦ إلى ٣٠ إبريل سنة ١٩٨٧) إلى أن المحكمة الدستورية البرتغالية أصدرت حكماً في هذا المعنى، يبين منها أن المحكمة بعد أن قضت بعدم دستورية قاعدة قانونية حول التعويض عن إصابة العمل أو المرض بسبب المهنة لمخالفتها مبدأ المساواة، لم تقتصر على ذلك، وإنما حددت القاعدة القانونية التي يجب على البرلمان إقرارها لكي تحل محل القاعدة غير الدستورية^(١). وهذا النوع من الأحكام لا يقيد المشرع من الناحية الدستورية، إلا من حيث تفسير الدستور، إذا كان هذا التفسير دعامة لازمة لمنطوق الحكم.

١٠٥- (ثالثاً): الأحكام الاندماجية "Intégratives" أو الاستبدالية "Substitutives"

وقد عرف هذا النوع من الأحكام في إيطاليا حيث استطاعت المحكمة الدستورية من خلال التفسير تكملة بعض النصوص بمبادئ جديدة مستخلصة من القواعد العامة، لإعطائها معنى جديداً غير المعنى الذي تدل عليها، وذلك تجنباً لوقوع النص في حمة عدم الدستورية، حتى أن البعض انتقد هذا الأسلوب ورمى هذا النوع من الأحكام بأنها تلتف حول القاعدة القانونية^(٢). وقد عرضنا من قبل المنهج الاستبدالي في التفسير والذي يؤدي إلى هذا النوع من الأحكام^(٣)، ويندرج تحت الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية.

(١) Almeida; Le tribunal constitutionnelle portugais, Annuaire International de justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.210.

(٢) Génevois, Annuaire 1987, op. cit., p.178, 179.

(٣) انظر ما تقدم بند ٨٦.

الفصل الثالث

أثر الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية

١٠٦ - المشكلة موضوع البحث:

يفترض هذا البحث أننا حيال نظام دستوري هرمى يقع الدستور في قمته، وتتدرج القواعد القانونية من حيث صحتها فتخضع للقاعدة التي تعلوها، ولا يجوز أن تتعارض معها وإلا فقدت شرط صحتها. ومن هنا، تؤدي مصادر النظام القانوني دورا هاما في صحة قواعده القانونية. فالدستور بوصفه المصدر الأعلى يحدد شروط صحة كافة القواعد القانونية التي تدنوه مرتبة. ويقع التشريع في مركز الوسط من النظام القانوني، فبينما يتعين لصحته أن يكون متوافقا مع الدستور، فإنه في ذات الوقت يحدد شروط صحة اللائحة باعتبارها أدنى منه مرتبة. وهكذا بينا يتحكم الدستور في تحديد شروط صحة كافة القواعد القانونية الأدنى منه مرتبة ومنها التشريع، فإن التشريع لا يتحكم إلا في شروط صحة القواعد القانونية التي تعبر عنها نصوص اللائحة.

وقد جاءت الرقابة على الدستورية ضمانة هاما لسيادة الدستور - وخاصة فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات. وهنا يثور التساؤل عن الحكم الصادر بناء على هذه الرقابة في صحة القواعد القانونية التالية له في المرتبة، فهل يقتصر أثر هذه القوة على أطراف الدعوى أم يمتد إلى الكافة؟ وهو ما يتوقف على تحديد طبيعة الدعوى الدستورية. وإذا كان للحكم قوة تمتد إلى الكافة، فما نطاق هذه القوة في حالة الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمان؟ هذا السؤال الأخير يتمثل فيما إذا كان الحكم بعدم الدستورية يمتد أثره إلى القاعدة القانونية المحكوم بعدم دستوريته منذ تاريخ العمل بها أم يبدأ منذ صدور الحكم بعدم الدستورية.

هذه هي أهم جوانب المشكلة نعرضها ابتداء تأصيلا للمفاهيم والحقائق وتعميقا لأساسها المنطقي.

المبحث الأول حجية الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية

١٠٧- الطبيعة العينية للدعوى الدستورية

يتوقف تحديد طبيعة الدعوى الدستورية على شكل الرقابة الدستورية ، فإذا كان الشكل يأخذ صورة الرقابة الفرعية خلال نظر الدعوى الموضوعية — كما هو الحال في النموذج الأمريكي "Judicial review" ، فإن آثار الحكم بعدم الدستورية تلحق بالحكم الصادر في موضوع الدعوى الأصلية ، لأن المسألة الدستورية كانت مجرد مسألة أولية بحثت عرضاً أثناء نظر هذه الدعوى بمناسبة الفصل في موضوعها ، واقتصرت المحكمة على عدم تطبيق القاعدة التشريعية المخالفة للدستور، دون أن تصدر حكماً في مصير هذه القاعدة في النظام القانوني . ومن ثم ، فإن أثر الحكم بعدم الدستورية ينحصر في أطراف الحكم الصادر في الدعوى الموضوعية الأصلية ، نظراً للطابع الشخصي للدعوى الأصلية . فهنا يندمج الحكم بعدم الدستورية في الحكم الصادر في موضوع الدعوى الأصلية ، ويحوز قوة الأمر المقضى *res judicata* التي تنحصر بين أطراف الخصوم ، ولا يكون لها أى أثر على صحة القواعد القانونية ، أو نفاذها . وكل ما لهذا الحكم من أثر يتعدى نطاق الخصوم ينحصر في مجرد اعتباره سابقة قضائية *Précédent* تستمد قوتها من قيمتها في النظام القضائي المعمول به^(١).

أما الأشكال الأخرى للرقابة الدستورية اللاحقة سواء كانت مجردة ، أو محددة ، أو مباشرة فيما يتعلق بالحقوق والحريات ؛ فلإنها تثير المسألة الدستورية وحدها بعيدة عن المسألة الموضوعية التي تبحث أمام القضاء العادي أو التي يكون هذا القضاء قد فرغ من بحثها (كما في نظام الدعوى المباشرة من الأفراد) . والحكم الفاصل في النزاع حول هذه

(١) انظر : Alessandro Pizzorusso; Les effets des décisions du juge constitutionnel, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1994, p.12.

المسألة وإن كان يبحث مدى المطابقة بين القاعدة الدستورية ، والقاعدة القانونية المطعون عليها ، إلا أنه يمس القاعدة القانونية محل الرقابة الدستورية ، سواء بطريقة مجردة (كما في شكل الرقابة المجردة) ، أو بمناسبة حالة محددة معروضة على القضاء العادي (كما في شكل الرقابة المحددة) أو بمناسبة دعوى مباشرة من أحد الأفراد لتعرضه لأذى في أحد حقوقه أو حرياته . وأيا كانت بواعث الرقابة في مختلف الأشكال السابقة ، فإن المحكمة الدستورية مدعوة لبحث مدى توافق المصدر الأسمى وهو الدستور مع مصادر القواعد القانونية الأخرى . ومن ثم ، فإن الدعوى الدستورية تكتسب طابعاً عينياً لأنها تبحث في مدى توافق القاعدة الدستورية مع سائر القواعد القانونية . ويكون الحكم الصادر فيها ذا أثر قاعدي أو معياري "Effect normatif" وهو الأثر الذي يمس القاعدة القانونية محل الرقابة وهذا هو مناط عينيتها .

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن الدعوى الدستورية تندرج تحت الدعاوى العينية التي تقوم في جوهرها على مقابلة النصوص التشريعية بأحكام الدستور تحرياً لتطابقها معها إعلاءاً للشرعية الدستورية . ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوى الدستورية ، أو هي بالأحرى محلها ، وإهدارها بقدر تعارضها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة^(١) . ولما كانت النصوص القانونية تخاطب كافة سواء كانوا من الأفراد أو من سلطات الدولة ، فإن أحكامها في الدعاوى الدستورية تخاطب هؤلاء كافة . ويترتب على التكييف القانوني

(١) دستورية عليا في ٦ يولية سنة ١٩٨٧ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤ ، قاعدة رقم ٨ ص ٥٦ ؛ و ٧ مايو سنة ١٩٨٨ ، المجموعة السابقة جـ ٤ ، قاعدة رقم ١٥ ص ٨٨ ؛ ١٥ إبريل سنة ١٩٨٩ ، المجموعة السابقة جـ ٤ ، قاعدة رقم ٢٥ ص ١٨٣ ؛ ٦ يولية سنة ١٩٩١ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ١ ص ٩ ؛ ٥ أكتوبر سنة ١٩٩١ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ٣ ص ١٤ ؛ ٧ مارس سنة ١٩٩٢ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٢٢ ص ١٨٥ ، ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٣٢ ص ٢٩٨ ، ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ٣٤ ص ٣٠٧ ؛ ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثاني) ، قاعدة رقم ٩ ص ٤٧٩ ، (المجلد الثاني) ، ١٩ يولية سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثاني) ، قاعدة رقم ١٥ ص ٥٢٣ ؛ ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة جـ ٦ ، قاعدة رقم ٢ ص ٥٠ ؛ ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ٦ ص ٧٦ ؛ أول يناير سنة ١٩٩٤ ، المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ١١ ص ١٧ .

للدعوى الدستورية في أشكال الرقابة اللاحقة - عدا الرقابة الفرعية المعروفة في النموذج الأمريكي - بأنها دعوى عينية ، نتيجة بالغة الأهمية هي الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في مواجهة الكافة "erga omnes" ، واعتبارها ملزمة لجميع سلطات الدولة . فالطابع العيني للدعوى المصاحب للأثر القاعدي للحكم الصادر فيها لا يحصر نطاق حجية أحكامها في أطراف الدعوى . وعلة ذلك واضحة كما أكدنا من قبل ، وهي أن الدعوى الدستورية تهدف إلى محاكمة القواعد غير المطابقة للدستور أمام المحكمة الدستورية في نزاع محدد يدور حول مدى مطابقة القواعد لأحكام الدستور . فالدعوى الدستورية خلافا للدعوى الموضوعية تختصم النصوص التي تعبر عن هذه القواعد ، ولا تختصم شخصا معينا . وليس لأطراف الدعوى الدستورية من أهمية إلا في اعتبارهم امتدادا للدعوى الموضوعية في هذا النوع من الرقابة ، تعبيرا عن شرط المصلحة الشخصية الذي يعتبر لازما لقبول الدعوى الدستورية في الرقابة المحددة أو الرقابة بناء على الدعاوى المباشرة من الأفراد .

ولا جدال في الحجية المطلقة للأحكام بعدم الدستورية في كثير من النظم الدستورية التي أخذت بالنموذج الأوروبي (ألمانيا ، والنمسا ، وأسبانيا ، وإيطاليا)^(١) . وقد ميزت بعض الدول فيما يتعلق بهذه الحجية ، مثل البرتغال وبلجيكا بين الرقابة المجردة والرقابة المحددة . فلا تكون الحجية مطلقة في نظامها القانوني إلا في شكل الرقابة المجردة "Abstrait" ، ولا تثبت الحجية إلا بين أطراف الدعوى في شكل الرقابة المحددة "Concret" . على أنه وفقا للقانون البرتغالي إذا قضت المحكمة بعدم دستورية قاعدة قانونية معينة ثلاث مرات وفقا لشكل الرقابة المحددة ، يجوز لأحد القضاة أو للنيابة

José Manuel cardoso da costa, op. cit., p.32.

(١)

W.Zeidler Cour constitutionnelle Fédérale Allémande, op. cit., p.52.

Cour constitutionnelle Autrichienne, op. cit., p.80.

Tribunal constitutionnel Espagnol, op. cit., p.112.

وقد ذهبت المحكمة الدستورية النمساوية إلى أن هذه الحجية المطلقة تثبت لأحكام عدم الدستورية ، ولو كانت بناء على شكل الرقابة المحددة ، وأن هذه الحجية لها نطاق أوسع من النزاع المحدد الذي صدر بمناسبة الحكم بعدم الدستورية والحكم رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٣ . (المرجع السابق ص ١١٤) .

Cour constitutionnelle Italienne, op. cit., p.185.

العامة أن يطلب من المحكمة الدستورية العليا إضفاء الحجية المطلقة على الحكم بعدم دستورية هذه القاعدة القانونية .

وفي مصر، يجوز قضاء المحكمة الدستورية العليا - فيما فصلت فيه في الدعوى الدستورية - حجية مطلقة تحول بذاتها دون المجادلة فيها أو إعادة طرحها من جديد على هذه المحكمة لمراجعتها، وذلك بناء على الطبيعة العينية - للدعوى الدستورية . ومن ثم لا يعتبر قضاء المحكمة باستيفاء النص التشريعي لأوضاعه الشكلية التي يتطلبها الدستور، أو بتوافقه أو بتعارضه مع الأحكام الموضوعية في الدستور، منصرفاً فحسب إلى الخصوم في الدعوى التي صدر فيها بل يعتبر متعدداً إلى الكافة منسحباً إلى كل سلطة في الدولة^(١). ذلك أن قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص المطعون عليها، هو القاعدة الكاشفة عن حقيقة الأمر في شأن دستوريته أو عدم دستوريته . ومن ثم، لا يعتبر منصرفاً إلى من كان طرفاً في الخصومة الدستورية دون سواه، بل منسحباً إليه وإلى الأغيار كافة^(٢).

ويتعين التمييز من حيث الحجية بين ما إذا كانت المطاعن الدستورية تقوم في مبنائها على عيوب شكلية في البناء التشريعي للنصوص المطعون عليها أو تقوم على عيوب موضوعية في هذه النصوص . ففي الحالة الأولى حين يكون نطاق الطعن منحصراً في المطاعن الشكلية، يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقاً بها وحدها، ولا يعتبر حكمها برفض هذه المطاعن مطهراً للنصوص المطعون عليها من عيوبها الموضوعية . أما في الحالة الثانية حين يكون نطاق الطعن منحصراً في المطاعن الموضوعية، يكون قرار المحكمة بشأنها منطوياً لزوماً على استيفاء النصوص المطعون عليها للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور، ومانعاً من العودة لبحثها، وذلك باعتبار أن المحكمة يتعين

(١) دستورية عليا في ١٦ مايو ١٩٩٢ في القضيتين رقم ٣٠ لسنة ١٣ «دستورية»، و ٩٨ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، و ٧ نوفمبر ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، و ٢٥ سبتمبر ١٩٩٣ في القضية رقم ٥ سنة ١٢ قضائية «دستورية»، و ٢٢ فبراير ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، و ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» .

(٢) دستورية عليا في ٦ فبراير سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ١٣ ص ١٥٠ . وانظر دستورية عليا في ٥ نوفمبر سنة ١٩٨٣ في القضية رقم ٤٩ لسنة ٣ قضائية «دستورية»، ٤ يونيو سنة ١٩٨٨ في القضية رقم ١٣٦ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، ١٩ يونيو سنة ١٩٨٨ في القضية رقم ١٥ لسنة ٧ قضائية «دستورية» .

عليها قبل نظر المطاعن الموضوعية التحقق من مدى استيفاء النصوص المطعون عليها لبنائها الشكلى الذى تطلبه الدستور^(١).

ويترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريته من تاريخ اليوم التالى لنشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية إعمالاً لنص المادة ١٧٨ من الدستور والمادة ٤٩/٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا. فإذا ترتب على هذا الحكم توليد حق للتقاضى، فإن مدة تقادم هذا الحق تبدأ من تاريخ اليوم التالى لنشر هذا الحكم لا من تاريخ صدوره^(٢).

ويلاحظ أن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد نص فى فقرته الأولى من المادة ٤٩ على أن (أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة). ونصت الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة ٤٩ المذكورة على أن يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائى، تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه.

ولاشك فى أن القوة الإلزامية لأحكام المحكمة الدستورية العليا فى مصر تحظى بالقيمة الدستورية، لأن الدستور قد أناط بالقانون تحديد المقصود بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح (المادة ١٧٥/١). كما ترك للقانون تنظيم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار (المادة ١٧٨). ويعتبر قانون المحكمة الدستورية فى هذا الشأن من القوانين المكملة للدستور بالمعنى المقصود فى المادة ١٩٥ منه. وما كان يمكن لأحكام المحكمة الدستورية العليا أن تكون ملزمة للجميع بغير سند دستورى، باعتبار أن تغيير القوة الإلزامية للتشريع كما حددها الدستور لا تترتب إلا وفقاً للدستور نفسه. فلا يملك التشريع أن يعطل حكماً من أحكام الدستور. وكل ما تملكه المحاكم

(١) دستورية عليا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١، القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) القاعدة رقم ١٢ ص ٥٧، ٦ إبريل سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٢٩ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٧ قاعدة رقم ٣١ ص ٥٤٠.

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٨٠ الطعن رقم ٥٠٧، ١٣٥٤ لسنة ٤٨ قضائية، مجموعة الأحكام ص ٩٣٧.

بغير سند دستوري هو الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري، أو اعتبار الدستور ناسخا للتشريع السابق إذا كانت نصوصه صالحة للتطبيق مباشرة.

وواضح من المادتين ١٧٥/١ و ١٧٨ من الدستور والمادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن أحكام هذه المحكمة ملزمة لسلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية. فهذه الأحكام تنال حجية مطلقة وغير قابلة للطعن. ويترتب على الحكم بعدم دستورية النص التشريعي أيما كان مصدره (القانون أو اللائحة) اختفاء النص الذي تقررت إدانته بعدم الدستورية من النظام القانوني، أيما كان العيب الدستوري الذي شابه سواء كان شكليا أو موضوعيا^(١).

فإذا حكم بدستورية النص التشريعي اعتبرت مطابقتها للدستور حقيقة مطلقة غير قابلة للجدل مرة أخرى أمام جميع سلطات الدولة بما فيها السلطة القضائية. إلا أن هذه المطابقة يقتصر أثرها على النص التشريعي محل البحث والذي راقبت المحكمة مدى دستوريته دون أن تمتد إلى غير ذلك من النصوص التشريعية التي لم تقل فيها المحكمة كلمتها، حتى ولو كانت مرتبطة بالنص التشريعي محل الطعن طالما أن المحكمة لم تستوضح هذا الارتباط ولم تفصل فيه أو في أثره.

ولا تقتصر حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا على منطوقه، بل تمتد إلى أسبابه التي تعتبر دعامة أساسية لا يستقيم المنطوق بغيرها. وقد تتضمن هذه الأسباب أحكاما فاصلة في مسائل دستورية فرعية؛ فتشكل مع الحكم الوارد في المنطوق وحدة لا تنفصم، ومن ثم تكون هذه الأسباب كذلك ملزمة للناس كافة ولكل سلطة في الدولة^(٢).

ويلاحظ أن المحكمة العليا الصادرة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والتي كان من اختصاصها الرقابة على دستورية القوانين، لم تنشأ بناء على سند دستوري، لأن إنشاء المحكمة الدستورية العليا لم يتقرر إلا بناء على دستور ١٩٧١. ومن ثم، فإن أحكام

(١) هذا وكان النائب حامد محمد الشناوى عضو مجلس الشعب عن بور سعيد قد تقدم في ٧/١٢/١٩٩٧ باقتراح بمشروع قانون ينص على أنه في حالة صدور حكم يقضى بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يتم إعادة النص إلى مجلس الشعب لتحقيق الموازنة الدستورية في شأنه. وقد رفضت لجنة الاقتراحات والشكاوى بمجلس الشعب هذا الاقتراح.

(٢) دستورية عليا في ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦ قاعدة رقم ١ «تفسير» ص ٧٦٣، ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية». الجريدة الرسمية العدد ١٠ في ٦ مارس سنة ١٩٩٧، ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية، العدد ١٣ في ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧.

هذه المحكمة سواء بعدم الدستورية أو بالدستورية لا يمكن أن تكون لها قوة إلزامية مطلقة تغير من القوة الإلزامية للتشريع كما حدده الدستور، وذلك في الفترة السابقة على العمل بدستور ١٩٧١ الذي نص (المادة ١٩٢) على استمرار هذه المحكمة إلى حين تشكل المحكمة الدستورية العليا، مما يعنى إضفاء القيمة الدستورية على هذه المحكمة في الفترة الانتقالية التي تبدأ منذ العمل بالدستور إلى حين تشكيل المحكمة الدستورية العليا. فمما تملكه المحكمة الدستورية من سلطات في تحديد مضمون القواعد القانونية ومدى ارتباطها بالدستور، لابد أن يقوم على سند من الدستور الذى ينظم سلطات الدولة، حتى تكون لأحكامها قوة إلزامية على هذه السلطات.

١٠٨- تنفيذ الحكم بعدم الدستورية

يترتب على الحكم بعدم الدستورية التزام سلطات الدولة بتنفيذه على النحو الآتى:

(١) عدم اعتداد السلطة التشريعية (مجلس الشعب) بالنص الذى حكم بعدم دستوريته، ويتعين عليها استبدال نص جديد به يتفق مع أحكام الدستور إذا ما رأت موجبا لهذا النص. وإذا شمل الحكم بعدم الدستورية النصوص الكاملة للقانون تعين إقرار قانون جديد يحل محله، والعمل على الحيلولة دون التعرض لأخطار الفراغ القانونى الذى قد ينجم عن ذلك^(١).

(٢) بالنسبة إلى السلطة التنفيذية، فإنه إذا كان النص التشريعى المحكوم بعدم دستوريته من نصوص إحدى اللوائح تعين عدم الاعتداد به وإحلال نص جديد يتفق مع أحكام الدستور بدلا منه. أما إذا كان النص التشريعى المذكور من نصوص التشريع، فعليها الامتناع عن تنفيذه ويمكنها إعداد مشروع قانون يتفادى العيب الدستورى وتقدمه إلى مجلس الشعب.

(٣) بالنسبة إلى المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائى، فإنها ملزمة بتنفيذ الحكم، وذلك بعدم الاعتداد بالنص التشريعى المقضى بعدم دستوريته، فلا يجوز لها تطبيقه على ما يعرض عليها من دعاوى.

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا تستمد سلطتها في هذا الإلزام من وظيفة المحكمة الدستورية العليا لتأكيد وحدة وتماسك النظام القانونى الذى يكفله الدستور،

G. Drago, op. cit., p.93.

(١) انظر:

ومن سلطتها وحدها دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، ومن ثم فإن كلمة المحكمة الدستورية العليا بشأن القاعدة الأعلى وهى القاعدة الدستورية تجعل كلمتها نافذة على جميع المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي . وتأسيسا على الأصل الذى ينبثق عنه هذا المبدأ ؛ فإنه إذا كانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية الدفع بعدم الدستورية ، وكان ذلك هو المحرك للخصومة الدستورية ، فإن عليها بعد تقدير هذه الجدية أن تلزم قضاءها بذلك ، فلا تنحيه ، وإلا كان ذلك نكولا من جانبها عن التقيد بنص المادة ١٧٥ من الدستور التى تحول المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ؛ الأمر الذى يقتضى ألا تعاق هذه المحكمة بقرار من محكمة الموضوع عن مباشرة ولايتها المذكورة . وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه إذا عدلت محكمة الموضوع عن تقديرها لجدية الدفع بعدم الدستورية وفصلت فى الموضوع بعد أن تحركت الخصومة الدستورية ، فإنها قد فصلت فى النزاع الموضوعى بعد أن انحسرت ولايتها بشأنه ، إلا أن هذه الولاية تعود إليها من جديد بعد أن تفصل المحكمة الدستورية فى الدعوى الدستورية ، لكى تفصل محكمة الموضوع فى النزاع الذى كان مطروحا عليها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا الراهن ، ودون تقيد بالحكم الصادر عنها فى النزاع الموضوعى^(١) . ومؤدى هذا القضاء اعتبار الحكم الصادر من محكمة الموضوع قبل البت فى المسألة الدستورية التى انعقدت الخصومة بشأنها ، منعذما قانونا على أساس انعدام الولاية ، وتلتزم محكمة الموضوع بتنفيذ قضاء المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن ولو كان حكمها نهائيا أو باتا ؛ لأنه جاء فاصلا فى مسألة دستورية تتعلق بولاية المحكمة الدستورية العليا^(٢) ، بالإضافة إلى فصله فى المسألة الدستورية المتعلقة بالنصوص التشريعية المطعون بعدم دستورتها . والأمر هنا مناطه تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا .

(٢) دستورية عليا فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢٦ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية - العدد ٤١ فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٩٩ ، ١٨ إبريل سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٦ فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٦ .
ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا سبق أن قضت فى إحدى حالات التنازع السلبي فى الاختصاص بإضفاء الولاية من جديد على المحكمة ولو كان حكمها فى هذا الشأن نهائيا (دستورية عليا فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «تنازع اختصاص») .
(٢) انظر فيها بعد بندي ١١٢ و ١١٣ حول سلطة المحكمة الدستورية فى الفصل فى مسائل دستورية فرعية قبل الفصل فى المسألة الدستورية الأصلية .

١٠٩- حجية الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية

اختلفت اتجاهات القضاء الدستوري في هذا الشأن. فذهب البعض إلى مساواة الحكم برفض الدعوى الدستورية بالحكم بعدم الدستورية فيما يتعلق بالحجية المطلقة^(١). وذهب البعض إلى أن هذه الحجية قاصرة على العيوب الدستورية التي كانت محلا للدعوى الدستورية دون غيرها من المطاعن الأخرى^(٢). وذهب البعض الآخر إلى أن الحجية المطلقة تثبت في الحكم الصادر بناء على الرقابة المجردة دون الرقابة المحددة، أو الرقابة بناء على دعوى مباشرة من الأفراد، وأنه في هاتين الحالتين الأخيرتين يكون للحكم حجية قاصرة على النزاع المعروض على القاضي العادي^(٣). واتجهت تركيا إلى إعطاء الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية حجية مطلقة لمدة عشر سنوات فقط^(٤). بينما أنكر البعض (البرتغال) أية حجية للأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية^(٥).

وفي مصر، اختلف الفقه في هذا الشأن، فذهب البعض إلى أن الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية هو حكم ذو حجية نسبية فقط لا تحول دون إعادة طرح المسألة الدستورية مرة أخرى للبحث بمناسبة نزاعات أخرى، ولو كانت بين ذات الخصوم في النزاع الأول^(٦). وقد أخذت المحكمة العليا (التي كان لها اختصاص المحكمة الدستورية العليا قبل إلغائها) بهذا الاتجاه، فقضت بأن قضاء هذه المحكمة برفض الطعن بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ وبعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ليس له حجية على الكافة، ولا يحول دون الفصل في الدعوى القائمة المرفوعة من مدعين لم يكن أيهما طرفا في الدعوى التي قضى

W.Zeidler, op. cit., p.52.

(١) في القضاء الدستوري الألماني:

Tribunal constitutionnel Espagnol, op. cit., 112, 113, 130.

وفي القضاء الأسباني:

وقد نصت المادة ٣٨/٢ من قانون المحكمة الدستورية الأسبانية على أن الأحكام الصادرة بالرفض في

الطعون الدستورية تمنع إثارة نفس المسألة الدستورية من خلال ذات الطعن.

(٢) وفي القضاء النمساوي:

F. Loloum, Constitutionnelle Autrichienne, Annuaire, 1987, op. cit., p.80.

(٣) في القضاء الدستوري الإيطالي:

B.Genevois, Cour constitutionnelle Italienne, op. cit., p.173, p.184.

José Manuel carlos de costa, op. cit., p.32.

وفي القضاء الدستوري البولندي والبلجيكي:

José Manuel carlos de costa, op. cit., p.32.

(٤)

Alemida; Le Tribunal constitutionnal portugais, op. cit., p.212.

(٥)

(٦) الدكتور حمد السيد زهران، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة،

العدد الأول ١٩٧٠ ص ١٤٢.

فيها برفض الطعن بعدم دستورية التشريعين أنفى الذكر^(١).

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تأخذ بهذا الاتجاه، واستقر قضاؤها على أن الدعوى الدستورية عينية بطبيعتها، والأحكام الصادرة فيها حجيتها مطلقة قبل الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء كانت قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه، أم إلى دستوريته^(٢).

وفي صدد حجية الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية، أكدت المحكمة الدستورية العليا أن هذه الحجية تعنى براءة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور مما يعيبها دستوريا، أو إلى عدم وجود مآخذ عليها لمخالفتها الدستور، لأنها لا تقنع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي أثارها محكمة الموضوع في شأنها، بل تحيل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها لتحديد على ضوءها توافق النصوص المطعون عليها أو تعارضها معها^(٣).

إلا أن منطوق حكم المحكمة بناء على هذه الحجية يختلف حسبما يكون عليه الحكم السابق الصادر في نفس المسألة الدستورية. فإذا كان الحكم صادرا برفض الدعوى الدستورية، استخلصت المحكمة من ذلك أن الحكم انتهى إلى موافقة النص المطعون فيه لأحكام الدستور، وقضت في الدعوى الجديدة بعدم قبولها^(٤). وخلافا لذلك، فإنه

(١) المحكمة العليا في ١١ ديسمبر سنة ١٩٧٦ في القضية رقم ٨ لسنة ٣ قضائية عليا «دستورية»، الجريدة الرسمية ٢٧ يناير سنة ١٩٧٧ (العدد ٤). ويلاحظ أن الحكم الذي سبق أن قضت فيه المحكمة برفض الطعن بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ وبرفض الطعن بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ (لم ينشر بمجموعة أحكام هذه المحكمة، وقد نشر بمجلة إدارة قضايا الحكومة).

انظر في نقد هذا الاتجاه، الدكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، سنة ١٩٨٣ ص ٦٠٨-٦١٠.

الدكتور عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، سنة ١٩٨٨ ص ٤٦٥.

(٢) دستورية عليا في ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤٢ في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٨.

(٣) دستورية عليا في ١٨ مايو سنة ١٩٦٦ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٣ ص ٦٨٣.

(٤) دستورية عليا في ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٣ ص ٧٤. وانظر الأحكام الصادرة بعدم القبول المشار إليها في ص ٨٦ و ٨٧، ودستورية عليا في ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٣٢ ص ٢٩٨؛ ٤ يولية سنة ١٩٩٢، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الثاني) قاعدة رقم ١ ص ١٥ دستورية عليا في ٥ يولية سنة ١٩٩٣، المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ١ ص ٤٣. وانظر الأحكام الصادرة بعدم القبول والمشار إليها في ص ٤٩، ٢١ أكتوبر سنة ١٩٩٥ المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ١١ ص ٢١٩.

إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت من قبل بعدم دستورية النص المطعون فيه ، فإنه إذا أعيد بحث مدى دستوريته في دعوى جديدة قضت باعتبار الخصومة منتهية في هذه الدعوى^(١) . وعلة التمييز بين أثر حجية الحكم بعدم الدستورية ، وحجية الحكم الصادر بالدستورية في منطوق الحكم في الدعوى التي تثار فيها المسألة الدستورية من جديد ، أن الدعوى الدستورية تختصم النص المطعون عليه ، فإذا كان هذا النص قد حكم بعدم دستوريته من قبل اعتبرت الخصومة منتهية لأنها واردة على غير محل . بخلاف الحال إذا انصبت الدعوى الدستورية على نص سبق الحكم برفض دعوى عدم دستوريته ، فإن هذا النص يعتبر موجودا مما يتصور معه نظريا اختصامه ، إلا أنه ترتيبا على الحجية المطلقة للحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية يقضى بعدم قبول الدعوى الجديدة . وهو ما يقابل في الدعوى الموضوعية المنظورة أمام القضاء العادى الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها .

ويلاحظ أن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية من الناحية الموضوعية تثبت للمضمون القانونى الذى عبر عنه الحكم من خلال أسبابه ، وهو مطابقة القاعدة المطعون فيها للدستور^(٢) . وذلك في ضوء التفسير الذى تعتمده المحكمة الدستورية لكل من الدستور والتشريع ، وفقا للمنهج الذى تعتنقه عند الفصل في الدعوى ، وهو ما يعتبر بذاته فاصلا في مسألة دستورية . وتعتبر المحكمة عادة عن قضائها التفسيري من خلال أسباب حكمها . وتثبت الحجية لهذا التفسير القضائي بوصفه جزءا لا يتجزأ من القاعدة المطعون عليها ، وذلك باعتبار أن هذه القاعدة ليست إلا معنى لا يدرك إلا بتفسير النص التشريعى المطعون عليه . ولهذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأنها إذا حددت معنى لمضمون نص تشريعى محدد ، وانتهت من ذلك إلى رفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه ، فلا يجوز لأية جهة أن تعطى هذا النص غير ذلك المعنى^(٣) .

(١) دستورية عليا في ٦ إبريل سنة ١٩٩١ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١ ص ٩ ، ٧ مارس سنة ١٩٩٢ ، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ٢٢ ص ١٨٥ ، ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٣٤ ص ٣٠٧ ، ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ٢ ص ٥٠ ، ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ٦ ص ٧٦ .

(٢) انظر في هذا المعنى :

A.Latorre Segura et. L. Eiez- Picazo; Tribunal constitutionnel Espagnol, op. cit., p.113.

(٣) دستورية عليا في ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ القضية رقم ٣٥ سنة ٩ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٣١ .

والحجية المطلقة لهذا النوع من الأحكام لها مضمون سلبي من حيث عدم جواز نظر الدعوى الدستورية بشأن النص الذى فصلت المحكمة برفض الدعوى بعدم دستوريته . ولها مضمون إيجابى من حيث اعتبار القاعدة القانونية التى يعبر عنها النص المطعون عليه مطابقة الدستور.

١١٠- مدى جواز العدول عن الحجية

من المقرر أن حجية الحكم تعنى أن الحكم أصبح حقيقة قانونية أمام الكافة لا تقبل المجادلة من خلال طعن آخر على حكم أو إثارة الموضوع الذى فصل فيه الحكم بدعوى جديدة .

ومع ذلك ، فقد اتجهت بعض المحاكم الدستورية فى أوروبا إلى العدول عن مبادئها القانونية السابقة والتى اعتنقتها بمناسبة الفصل فى موضوع الدعاوى الدستورية ، سواء بعدم الدستورية أو بالرفض . وقد كان الحافز نحو ذلك هو اتجاه القضاء الدستورى نحو الاستجابة للمتغيرات التى تطرأ على المجتمع بعد صدور التشريع ، والتجاوب مع الاحتياجات المتطورة لهذا المجتمع . فذهبت إلى ذلك المحكمة الدستورية الألمانية بحذر شديد إذا ما طرأت ظروف تتطلب تقديرا جديدا من المحكمة الدستورية^(١) . وكذلك اتجهت المحكمة الدستورية النمساوية إلى إعطاء إجابة مختلفة عن المسألة الدستورية تخالف ما ارتأته من قبل استنادا إلى أن من سلطتها اعتناق أفكار جديدة وقيم جديدة للمجتمع عبر عنها الدستور ضمنا ، ومن قبيل ذلك شرط المساواة وما يمكن أن يعكس تفسيره من تأويلات مختلفة فى ضوء تطور الظروف . كما قضت المحكمة الدستورية الإيطالية أنه يمكن لها أن تغير اتجاهها فى المسألة الدستورية فى ضوء التطورات اللاحقة فى المبادئ الأساسية للنظام القانونى لما يمكن أن تودى إليه هذه التطورات من حلول مختلفة^(٢) .

أما فى أسبانيا ، فقد نص قانون المحكمة الدستورية (المادة ٣٨/٢) على أن الأحكام الصادرة بالرفض فى الطعون الدستورية تمنع إثارة أية مسألة مبنية على مخالفة ذات النص

F. Loloum, Cour constitutionnal Autrichienne, op. cit., p.81.

(١)

Bruno Génévois, op. cit., p.186, 187.

(٢)

انظر مثال ذلك فى جريمة الزنا ، حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٦٤ لسنة ١٩٦١ والذى عدلت عن مبادئه فى الحكم رقم ١٢٦ سنة ١٩٦٨ (المرجع السابق ص ١٨٦ و ١٨٧) .

A. Latorre Segura et L. Diez - Picaz, op. cit., p.126.

الدستورى، وذلك من خلال نفس طريق الطعن الدستورى الذى حكم فيه برفض الادعاء بعدم الدستورية. ورؤى أنه إذا أعاد المشرع نفس النص التشريعى الذى كان محلا للطعن الدستورى، فى تشريع آخر، فيجوز إقامة طعن دستورى من نفس النوع السابق على ذات النص التشريعى بناء على أساس دستورى آخر. كما يمكن اللجوء إلى طريق طعن دستورى آخر، على أن إمكانية فتح طريق الطعن وفقا لنوع جديد للطعن بعدم الدستورية بعد أن صدر فى المسألة نفسها حكم سابق الادعاء بعدم الدستورية لا يحدد قيمة هذا الحكم كسابقة قضائية. فقد نصت المادة ٣٨ / ٢ من قانون المحكمة على أن قيمة السابقة التى يحوزها الحكم الدستورى لا يجوز تقييدها. وقد نظمت المادة ١٣ من قانون المحكمة هذه القيمة فيما نصت عليه من أنه إذا رأت إحدى دوائر المحكمة عدم الأخذ بقضاء دستورى سابق أصدرته نفس المحكمة، تحال المشكلة إلى الجمعية العمومية للمحكمة. وقد جرت السوابق على أن تنقيد الجمعية العامة عند نظر القضية الجديدة بما سبق أن قرره فى قضايا مماثلة^(١).

١١١- الأثر القاعدى للحكم بعدم الدستورية

يترب على الحكم بعدم الدستورية الأثر القانونى المترتب على تدرج القواعد القانونية فى البيان القانونى الواحد إذا لم تتفق القاعدة الأدنى مع القاعدة الأعلى (فى الدستور)، وهذا هو الأثر القاعدى للحكم بعدم الدستورية، لأنه يتعلق بمضمون القاعدة القانونية محل الطعن ويصيبها فى وجودها القانونى.

وبجانب هذا الأثر، فهناك نتيجتان: (الأولى)، تتعلق باختصاص المشرع بإصدار القاعدة التشريعية محل الطعن. فالحكم بعدم الدستورية يعنى أن البرلمان قد تجاوز اختصاصه.

و(الثانية)، هى ضمان القوة الإلزامية لقواعد الدستور. فالجزاء الذى تقضى به المحكمة الدستورية عند مخالفة القواعد الدستورية يعكس الطابع الإلزامى فى هذه القواعد، وهو عنصر لازم، بدونها تتجرد قواعد الدستور من طابعها الإلزامى. مما يخرجها من إطار النظام القانونى، ويحولها إلى محض عناصر برنامج سياسى، أو مجموعة من القواعد الإرشادية أو النصائح المفيدة للمشرع^(٢).

(١) انظر الأحكام ٨٦ لسنة ١٩٨٣ و ١٢١ لسنة ١٩٨٣ و ٥ لسنة ١٩٨٥ مشار إليه فى تقرير:

A. Latorre Segura et L. Diez Picazo, op. cit., p. 130.

Eisenmann, op. cit., p. 380-3828

(٢) انظر:

وقد ذهب الفقه الدستوري في ألمانيا وإيطاليا^(١) وأسبانيا^(٢)، إلى أن الحكم بعدم الدستورية له قوة التشريع، وذلك على أساس أن آثار أحكام المحاكم الدستورية لها علاقة بمصادر القانون وتدرجها، وأن الحكم بعدم الدستورية له قوة القاعدة القانونية، أى له أثر قاعدي، لأن حجته تشير إلى دخول قاعدة قانونية جديدة مجال النظام القانوني بدلا من القاعدة المحكوم بعدم دستورتها.

وقد عبرت عن ذلك، المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن حكمها يكون في شأن موافقة النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور، أو مخالفتها، وهو إما أن يكون كاشفا عن صحتها منذ صدورهما، أو مقررًا بطلانها وملغيا قوة نفاذها اعتبارا من تاريخ العمل بها.

وسوف نبين فيما بعد، نطاق هذا الأثر القاعدي من حيث الزمان، وهو ما يتوقف على طبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية فيما يتعلق بترتيب هذا الأثر القانوني، من حيث كونه كاشفا لهذا الأثر أو منشأ له.

١١٢ - حجية الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى الدستورية

جاء القضاء الدستوري لمراقبة مدى مطابقة النصوص التشريعية لأحكام الدستور، إعلاء لسيادة القانون. ومن هنا كانت المحكمة الدستورية هي قاضي الدستور، وكان القضاء العادي هو قاضي التشريع، فالوظيفة الرئيسية للمحكمة الدستورية العليا هي بحث مدى مطابقة التشريع للدستور. ولهذا تكون لأحكامها حجية أمام الكافة حفاظا على وحدة النظام القانوني الذي يقع الدستور في قمته.

وقد ترك الدستور للمشرع تحديد كيفية اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة. وقد عرضنا فيما تقدم أنماطا مختلفة للرقابة الدستورية، أخذ منها المشرع المصري بنمط معين هو الرقابة المحددة والتي ترتبط كل الارتباط بحالة محددة ينظرها القضاء العادي. ومن

W.Zeidler, op. cit., p.52.

(١)

Génévois, Cour constitutionnelle Italienne, op. cit., p.185.

Alessandro Pizzorusso, op. cit., p.13.

(٢)

هنا، جاء شرط المصلحة الشخصية لكي يقيم هذا الارتباط الذي على أساسه تمارس المحكمة الدستورية سلطاتها في الرقابة الدستورية، فضلاً عن شرط جدية الادعاء بعدم الدستورية. . نعم، إن تنظيم المشرع لكيفية اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة، جاء في حدود ما نص عليه الدستور المصري في المادة ١٧٥/٢ من أن القانون يعين الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها. إلا أن القيمة الدستورية لا تثبت إلا للاختصاص الأصيل للمحكمة الدستورية وهو الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. أما الاختصاصات الأخرى التي يعينها القانون، فلها قيمة تشريعية بحتة. ومن ثم، فهي قابلة للتعديل بالإضافة أو الحذف أو التنظيم. وكذلك الشأن بالنسبة للإجراءات التي تتبع أمامها؛ والتي يمكن أن تجعل الرقابة الدستورية مجردة، أو محددة، أو بناء على دعوى مباشرة من الأفراد. فإذا كان المشرع في مقام تحديد هذه الإجراءات قد اختار شكل الرقابة المحددة، وأقام لها التنظيم الإجرائي المطلوب، فلا يوجد ما يحول في المستقبل من إدخال أشكال أخرى للرقابة الدستورية معها أو بديلاً لها. فالأمر في التنظيم الإجرائي للرقابة الدستورية متروك للمشرع وحده في حدود سلطته التقديرية طالما كان ذلك في حدود الدستور. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا حين قالت عن حق كل مواطن في اختصاص النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور بأنها مرحلة لم يبلغها بعد التطور الراهن لقانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

وهنا يجب التمييز بين نوعين من هذه الأحكام: أحكام ترجع إلى عيب شكلي في الدعوى كعمل إجرائي، وأحكام ترجع إلى عيب موضوعي.

أما عن العيوب الشكلية فمنها ما يتعلق بالمحكمة فيؤدي إلى عدم اختصاصها، ومنها ما يمس الدعوى لانعدام المصلحة أو لانعدام جدية الدفع بعدم الدستورية فيؤدي إلى عدم قبولها.

وفي حالة العيب الشكلي في الدعوى والمتعلق بعمل إجرائي، مثل عدم إعلان

(١) انظر دستورية عليا في ٧ مايو سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج١ قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧، ٤ مايو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٧ قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٥.

صحيفة الدعوى في الميعاد، أو خلوها من البيانات التي أوجبها القانون، أو عدم توقيع محام مقبول أمام المحكمة الدستورية العليا على الصحيفة، أو عدم إيداع توكيل المحامي الذي وقع على الصحيفة؛ ففي هذه الحالة يكون العيب الشكلي عارضا بسبب السلوك الإجرائي للخصوم المخالف للقانون وهو عيب قابل للتصحيح بإجراءات جديدة صحيحة. فالحكم بعدم القبول في هذه الحالة لا يكون له أى أثر يمس القاعدة القانونية الواردة في النص المطعون عليه، ومن ثم لا يحول دون إعادة طرح المسألة الدستورية ذاتها على المحكمة بإجراءات سليمة من حيث الشكل. وبالتالي تكون الحجية في هذه الحالة حجية نسبية في المسألة الإجرائية وليست حجية مطلقة^(١).

أما بالنسبة للحكم بعدم اختصاص المحكمة لانعدام ولايتها، مثل الطعن بعدم الدستورية على نصوص غير تشريعية أو تتعلق بأعمال السيادة، فإن هذا الحكم يعتبر فاصلا في نزاع تحكمه القواعد الدستورية المبينة لولاية المحكمة، ويكون له أثر قاعدى (إيجابى أو سلبى) حول طبيعة المصدر القانونى للنصوص المطعون عليها؛ هل هو جزء في النظام القانونى (تشريع أو لائحة) أم خارجه (قرار إدارى فردى)؟ وهل هذا المصدر القانونى من أعمال السيادة أم لا؟. وبالتالي، لا شأن للسلوك الإجرائى للخصوم في انعدام هذه الولاية، لأن هذا الانعدام مقرر بحكم الدستور. ومن ثم، يحوز الحكم بعدم الاختصاص حجية مطلقة أمام الكافة. وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن قضاء هذه المحكمة بعدم اختصاصها بنظرها، يقيد جهات القضاء على اختلافها وكذلك الناس جميعهم فضلا عن كل سلطة أيّا كان موقعها^(٢).

ويختلف الأمر بالنسبة إلى الحكم بعدم القبول. فإذا كان الحكم بسبب عدم جدية الدفع بعدم الدستورية، فإنه ينصرف ضمنا إلى أنه لا محل لإثارة المسألة الدستورية. فإن هذا الحكم يحوز حجية نسبية في مواجهة أطراف الدعوى. فلا يحول دون تجديد النزاع بين أطراف آخرين، لإثارة الشبهة الدستورية ذاتها، فقد يكون التأسيس على عيوب أكثر جدية. وقد تجد ظروف ومتغيرات واحتياجات متطورة تلقى ضوءا جديدا

(١) انظر الدكتور رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٣، ص ٦٠٦.

(٢) دستورية عليا في ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٧٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

على مفهوم النص التشريعى المطعون عليه . ولا يمكن القول بوجود حجية مطلقة لهذا الحكم، لأن المحكمة لم تفحص النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها لتحديد على ضوءها مدى توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها، وإنما حصرت نفسها في مجرد شبهة عدم الدستورية التي أثارها الدفع بعدم الدستورية . هذا إلى أن الحجية المطلقة لا تثبت إلا للأحكام ذات الأثر القاعدي التي صدرت بعد محاكمة النصوص التشريعية المطعون عليها سواء تلك التي تبطل قاعدة قانونية غير مطابقة للدستور، أو تثبت هذه القاعدة بتأكيد هذه المطابقة الدستورية، أو الأحكام التي تنبنى على تطبيق الدستور مباشرة مثل الحكم بعدم الاختصاص، لا تلك الأحكام التي صدرت قبل محاكمة النصوص المطعون عليها .

ولا يختلف الأمر كذلك بالنسبة إلى الحكم بعدم القبول لانتفاء شرط المصلحة الشخصية، طالما أن بحث هذا الشرط يهدف إلى تحديد نطاق المسألة الدستورية التي تدعى المحكمة للفصل فيها، وطالما أن المراد بهذا الشرط أن يكون النص التشريعى المطعون عليه يحول بسبب الادعاء بعدم دستوريته دون احترام أحد الحقوق التي كفلها الدستور في النزاع الموضوعي، فإن هذه المصلحة تلبس بالمنفعة التي يقرها القانون من وراء الدعوى الدستورية^(١) . ومن ثم، فإن الحجية تثبت لهذا الحكم، ولكنها حجية نسبية لا يخرج مداها عن نطاق أطراف الدعوى . ولا يقلل من هذا النظر، القول بأن تحديد شرط المصلحة يعتمد على مدى إخلال تطبيق النص التشريعى المطعون عليه بسبب دعوى مخالفته للدستور بما يكفله التشريع من حقوق، وأنه لا يختلف الأمر في تحديد أثر هذا الإخلال المدعى به باختلاف الأشخاص، لأنه يعتمد أساسا على ما قد يحتويه النص التشريعى من عيب دستوري يحول دون اقتضاء الحقوق أيًا كان شخص المطالب بها ؛ حتى لا تتحول هذه الدعوى إلى حق مطلق لكل شخص بغض النظر عن توفر هذه المنفعة ؛ مما يؤدي إلى ازدحام ساحة المحكمة الدستورية بالدعاوى، وأن هذا الشرط هو الذى يلبس الحق في الدعوى الدستورية في الدستور المصرى، بخلاف الحال في النظم التي أجازت الدعوى المؤدية إلى الرقابة الدستورية المجردة . إلا أن هذا

(١) انظر هذا المعنى في دستورية عليا في ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ ، قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٣١ .

القول لا يكفي وحده لإسباغ الحجية المطلقة للحكم بعدم القبول لانتفاء المصلحة، وذلك لأن الحكم بعدم القبول في ذاته لا ينطوى على أى أثر قاعدي، فهو لا يشير إلى أية رابطة دستورية بين النص المطعون عليه والدستور سواء من حيث المطابقة أو عدمها، وكل ما يشير إليه هو أنه لا مصلحة للمدعى في بحث مدى توافر هذه الرابطة، لأن الفصل في نزاعه الموضوعي لا يتوقف على هذا البحث. هذا بالإضافة إلى أن المحكمة في قضائها بعدم القبول لانتفاء المصلحة، تطبق المادة الثالثة من قانون المرافعات التي تتطلب توافر المصلحة في الدعوى، ولا يكون مرجعها هو الدستور ذاته لقبول الدعاوى أيا كان نوعها^(١). وإذا كان عدم القبول لانتفاء شرط المصلحة مبنيًا على مخالفة قانون المرافعات، فكيف تكون له حجية مطلقة، لأنه صدر من المحكمة الدستورية العليا. فالحجية المطلقة تثبت للأحكام بالنظر إلى أثرها في النظام القانوني، أى أثرها وهو بطبيعته أثر قاعدي، وهو ما لا يترتب مطلقًا على الحكم بعدم القبول، سواء لانتفاء المصلحة أو لانتفاء الصفة. والحجية التي تثبت لهذا الحكم هي حجية نسبية قاصرة على أطراف الدعوى دون غيرهم. ويقتضى الجانب الموضوعي في الحجية أن ترتب المحكمة العادية أثرها عند نظر النزاع المعروض أمامها والذي أثرت فيه المسألة الدستورية، حتى تشق المحكمة طريقها استقلالًا بعيدًا عن أى نزاع دستوري. ولا يقلل من هذا النظر، نص المادة ٤٩ / ١ من قانون المحكمة الدستورية العليا الذي جرى بصفة مطلقة على أن (أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة)، دون أن يحدد نص هذه المادة نوع هذه الأحكام، ودون أن يقصرها على فصل في موضوع الدعوى الدستورية (سواء بدستورية النص المطعون عليه أو بعدم دستوريته)؛ ذلك أن هذا النص التشريعي يجب تحديد مدلوله في ضوء نص المادة ١٧٥ من الدستور والتي أسندت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح إلى المحكمة الدستورية العليا، وذلك كله على الوجه المبين في القانون. فدور القانون هنا هو في تحديد شكل الرقابة، وكذلك تنظيم إجراءاتها. ولا

(١) دستورية عليا في ٤ مايو سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٤٠ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٥.
كما أن هذا الحكم يتعلق بمدى اختصاص المشرع بإصدار القاعدة التشريعية محل الطعن، ولا علاقة له بالقوة الإلزامية لقواعد الدستور (انظر ما تقدم بند ١٠٤).

يجوز القول بوجود مخالفة للدستور، لأن القوانين المكملة للدستور ليست إلا تشريعات عادية لا تعتبر مخالفتها في حد ذاتها انتهاكا للدستور، ما لم تعبر هذه المخالفة عن خروج على الدستور وهو ما لا يتوافر في هذه الحالة؛ لأنه لا يتعلق بولايتها في المسائل الدستورية. هذا بالإضافة إلى أن المادة ١٧٨ من الدستور تركت للقانون تنظيم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار، ولا يسرى ذلك بطبيعة الحال على الحكم بعدم القبول. وكما بينا من قبل، فإن الحجية المطلقة تثبت للأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى الدستورية، بناء على أثرها في النظام القانوني. ويلاحظ أيضا أن عينية الدعوى الدستورية تتوقف فقط على دورها في بحث المطابقة الدستورية للنصوص التشريعية، فلا ينتج الطابع العيني للدعوى الدستورية أثره في الحجية المطلقة على حكم لم يتعرض لبحث هذه المطابقة ولم يفصل فيها. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا في قولها، بأن قضاء هذه المحكمة يجوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة بناء على أن هذه المحكمة تستمد ولايتها مباشرة من الدستور في مجال الرقابة الدستورية ومرجعها إلى أحكامها فيما يصدر عنها من قضاء في المسائل الدستورية. ومن ناحية أخرى، فإن تنفيذ الأحكام واجب دستوري أقرته المادة ٧٢ من الدستور بغض النظر عن نطاق حجيتها.

وواقع الأمر، أن الأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية لها حجية سلبية من حيث منع إعادة طرح المسألة الدستورية أمام المحكمة الدستورية بين ذات الخصوم، ولكنها ليست حجية إيجابية من حيث المضمون القاعدي للنص المطعون عليه؛ فلا يعقل أن يكون لها حجية مطلقة أمام جميع المخاطبين بالقانون، لأن هذه الأحكام لم تمس مضمون هذا القانون بشيء.

ومع ذلك، فإن المحكمة الدستورية في سبيل تحديد المسألة الدستورية موضوع الدعوى الدستورية قد تضطر إلى الفصل في بعض المسائل الدستورية الفرعية التي تعتبرها عمادًا لحكمها، ثم يتجمع أمامها في النهاية حكم برفض الدعوى بناء على فصلها في المسائل الدستورية الفرعية، وحكم آخر بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة. في هذه الحالة، يتغلب أثر عدم القبول على أثر رفض الدعوى؛ باعتبار أن عدم القبول سابق على الموضوع. فإذا جاء الحكم بعدم القبول حاملا في طياته أى في أسبابه، فصلا في مسائل دستورية، فإن هذا الفصل يعتبر في حد ذاته حكما له

حجيته ، وفي هذه الحالة نكون حيال حكم بعدم القبول فاصل في مسألة دستورية ، فيجوز الحجة في حدود ما فصل فيه من مسائل دستورية فرعية ، طالما كان هذا الفصل دعامة لمنطوق حكمها . فانتفاء المصلحة مثلا - قد لا يمكن التوصل إليه إلا في ضوء الفصل في مسائل دستورية فرعية^(١) . وبهذا المعنى ذهبت المحكمة الدستورية العليا^(٢) إلى أن الحجة المطلقة تثبت للحكم في الدعاوى الدستورية سواء كان قد قضى بعدم دستورية النص الطعين ، أو برفض الدعوى أو بعدم قبولها «فصلا في مسألة دستورية» . فاشتراط الفصل في مسألة دستورية هو عماد الحجة كما قالت المحكمة .

١٣- حول الخلاف بين المحكمة الدستورية العليا والهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض بشأن حجية أحكام المحكمة الدستورية العليا بعدم القبول

واجهت المحكمة الدستورية العليا هذه المشكلات الدستورية الدقيقة حين قضت بعدم قبول الدعوى الدستورية لانتفاء المصلحة في الطعن بعدم دستورية المادة ٦ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، على أساس أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أعاد من جديد تنظيم هذا الموضوع في شأن الأماكن التي حددتها مادته الأولى مقررا سريان قواعد القانون المدني - دون غيرها - في شأن تأجيرها واستغلالها، وملغيا كل قاعدة على خلافها، بما مؤداه لإطراح النصوص المخالفة للقانون الجديد - في شأن يتعلق بالتجريم - مما يفيد أن الجريمة التي أنشأها القانون السابق هي ذاتها التي هدمها القانون الجديد، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء مصلحة المدعى في الدعوى الدستورية، بعد أن غرض المشرع بصره عن بعض التدابير الاستثنائية للعلائق الإيجارية التي انبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها^(٣) . وأكدت المحكمة الدستورية العليا ذات المبدأ عندما طعن بعدم دستورية المادتين ٢٦ و ٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ اللتين تعاقبان

(١) انظر بند ١١٣ .

(٢) دستورية عليا في ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد (٤٢) في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٨ .

(٣) دستورية عليا في ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ السالف الإشارة إليه .

على تقاضى مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار (خلو رجل)^(١). وقالت في قضائها المذكور بأن اعتبارها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أصلح للمتهم، يكون متمتعا بالحجية المطلقة التى أسبغها المشرع على أحكامها الصادرة فى المسائل الدستورية. إلا أن محكمة النقض (الهيئة العامة للمواد الجنائية) بحثت بعد ذلك ما إذا كان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن سريان أحكام القانون المدنى على الأماكن التى لم يسبق تأجيرها والأماكن التى انتهت وتنتهى عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها، يعتبر قانونا أصلح للمتهم بارتكاب جريمة تقاضى مقدم إيجار يزيد على المقرر قانونا المنصوص عليها فى المادتين ٢٦ و ٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمادة ٦ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨١، وقضت بأن الحجية المطلقة قبل الكافة للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية والتى تلتزم بها جميع سلطات الدولة هى - فحسب - للأحكام التى انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أو إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس، تأسيسا على أن علة عينية الدعوى الدستورية، والحجية المطلقة للحكم الصادر فى موضوعها، والتزام الجميع به، لا تتحقق إلا فى هذا النطاق باعتبار أن قوامه مقابلة النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور بالقيود التى فرضها لضمان النزول عليها^(٢)، وانتهت محكمة النقض بهيئتها العامة للمواد الجنائية إلى وجهة نظر مخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا فى شأن اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أصلح للمتهم.

ونلاحظ على النتيجة التى انتهت إليها الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض فى حكمها سالف الذكر ما يلى:

(أولاً): بالاطلاع على الأسباب التى بنى عليها حكم المحكمة الدستورية العليا، نجد أنه قد أشار إلى أن هذه المحكمة قد جرى قضاؤها على أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور يعتبر شرطا مبدئيا للنظر فى أصلحهما للمتهم^(٣). وتطبيقا

(١) دستورية عليا فى ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ السالف الإشارة إليه.

(٢) نقض ١٣ إبريل سنة ١٩٩٧ فى الطعن رقم ١٨٣٨ لسنة ٦٠ قضائية (الهيئة العامة للمواد الجنائية)، لم ينشر بعد.

(٣) (دستورية عليا فى ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية عدد ١٣ فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧، دستورية عليا فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ =

لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وذلك فيما تضمنه من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم، ولم تنظر المحكمة كنتيجة لذلك ما إذا كان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في شأن سريان قواعد القانون المدني على صور بذواتها من العلاقات الإيجارية، تعتبر أصلح للمتهم في مجال تطبيقها على النزاع الماثل^(١). كما نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند «١» من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤. وفي هذا الحكم يلاحظ أن النص المحكوم بعدم دستوريته كان يفترض علم المشتغلين بالتجارة بغش أو فساد المادة موضوع جريمة عرض أغذية مغشوشة أو فاسدة للبيع، ثم ألغيت هذه القرينة بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤، إلا أنه رغم هذا الإلغاء الذي يعتبر في حد ذاته أصلح للمتهم، استمرت المحكمة الدستورية في نظر الدعوى الدستورية على أساس أن القانون السابق المطعون بعدم دستوريته لا يتفق مع أحكام الدستور^(٢)، ومؤدى ما تقدم أن المحكمة الدستورية العليا حين اعتبرت القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ قانوناً أصلح للمتهم مما ينفي شرط المصلحة الشخصية لرافع الدعوى في الطعن بعدم دستورية القانون، قد قضت كشرط مبدئي بأن كلا من القانون المطعون بعدم دستوريته، وكذلك القانون الجديد يتفق مع أحكام الدستور. وهو ما يعنى أن الحكم قد قضى بدستورية المادة ٨٢/١ من القانون

= لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣ في ١٥ يناير سنة ١٩٩٨. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن أو تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وذلك فيما تضمنته من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد السابق الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم، ورفضت في أسباب حكمها اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في شأن سريان قواعد القانون المدني على صور بذواتها من العلاقات الإيجارية، وإهدار كل قاعدة على خلافها، وأصلح للمتهم في مجال تطبيقها على النزاع الماثل على أساس أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور يعتبر شرطاً مبدئياً للنظر في أصلحها للمتهم (دستورية عليا في ٣ يناير سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(١) دستورية عليا في ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ السالف الإشارة إليه.
(٢) دستورية عليا في ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٦، قاعدة رقم ٤٤ ص ٧١٦.

رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. فهو قضاء واضح بدستورية القانون الجديد، إذ لولا ذلك لما اعتبرت المحكمة القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ قانوناً أصحح للمتهم. وبالتالي فإن أسباب حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧^(١)، تنطوي حتماً ولزوماً داخل أسباب حكمها على منطوق بدستورية المادة ٨٢ / ١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧. وهو أمر واضح مما جاء في أسباب هذين الحكمين بشأن اعتبار اتفاق القانونين السابق (أى ٤٩ سنة ١٩٧٧) واللاحق (أى ٤ لسنة ١٩٩٦) مع أحكام الدستور شرطاً مبدئياً للنظر في أصححهما. وهذا المنطوق بالدستورية يرتبط كوحدة لا تقبل الانفصام مع قول المحكمة بأن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ يعتبر أصحح للمتهم. ولا يشترط في القانون أن يكون قضاء المحكمة في منطوق حكمها؛ بل يمكن أن تتضمن مدونات هذا الحكم قضاء فيما تتعرض له من مسائل متنازع عليها، مما يعتبر بحثها ضرورياً للوصول إلى الفصل في الدعوى على النحو الوارد في منطوق حكمها.

(ثانياً): إن المحكمة الدستورية العليا حين فسرت القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بأنه قانون أصحح للمتهم، لم تفعل ذلك تزيدها، ولم يكن تفسيرها في ذلك توجيهياً؛ لأن النص المطعون عليه في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يجب أن يكون نطاق سريانه ماثلاً أمام المحكمة وقت نظر الدعوى الدستورية، فإذا جاء القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، وألغى ضمناً هذا النص بعد أن اعتبرته المحكمة الدستورية قانوناً أصحح للمتهم يطبق بأثر رجعى وفقاً لحكم الدستور، أصبح هذا القانون الجديد محل بحث المحكمة الدستورية العليا، وقد رأت كما أوضحت في أسبابها، أنه قانون يتفق مع أحكام الدستور. وبعبارة أخرى، فإن صدور قانون جديد ينظم ذات المسألة التي كان ينظمها القانون القديم من خلال النص المطعون عليه، يجعله محلاً للرقابة الدستورية حتماً ولزوماً حتى تبين المحكمة في مجال ممارسة رقابتها نطاق تطبيق كل من القانونين القديم والجديد. فإذا تبين أن نص القانون القديم غير دستوري أدى الحكم بعدم الدستورية إلى سقوط جميع الأحكام الجنائية الباتة الصادرة بالإدانة بناء عليه. أما إذا لم يتبين ذلك، فإن القانون الأصحح للمتهم ينسخ نص القانون القديم بقوة الأثر الرجعى للقانون

(١) ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

الأصلح للمتهم، مما يحتم بحث مدى دستوريته قبل إعمال هذا الأثر. ولهذا لم يكن عبثا ما ورد في أسباب حكم الدستورية العليا من أن كلا القانونين القديم والجديد متفق مع الدستور. ولاشك أن بحث المحكمة لدستورية القانون الجديد كان مبنيا على أثره في الإلغاء الضمني للنص المطعون عليه في القانون القديم بقوة الأثر الرجعي للقانون الأصلح للمتهم. وهو ما يعتبر في ذاته فاصلا في مسألة دستورية تحكمها المادة ٦٦ من الدستور.

(ثالثا): إن علة الحجية التي تثبت للحكم برفض الدعوى الدستورية كامنة في أسباب الحكم من خلال تفسير المحكمة للنص المطعون عليه بأنه يتفق مع أحكام الدستور. فالحكم الصادر بالرفض تكمن أهميته القانونية من حيث الحجية المطلقة في فقه الدستورية^(١) الكامن في أسبابه، والذي يجعل النص المطعون عليه متفقا مع أحكام الدستور.

ولاشك أن فصل المحكمة الدستورية العليا في أسبابها في مسائل دستورية كان يؤدي حتما إلى رفض الدعوى لولا أنها رأت في ضوء أسباب هذا الفصل أن المصلحة الشخصية للمدعى غير متوافرة، فاجتمع بذلك أمامها في آن واحد موجبات الرفض وموجبات عدم القبول وتغلب أثر موجبات عدم القبول باعتبارها الأسبق من حيث الأثر، فكان قضاؤها بعدم القبول. إلا أن ذلك لا يغير من جوهر حكمها الكامن في أسبابها وذلك باعتبار أن أساس الحجية المطلقة للحكم برفض المسألة الدستورية كامن في أسباب هذا الحكم من خلال التفسير الذي اعتنقته المحكمة والذي يعتبر دعامة لمنطوق حكمها. هذا إلى أن عدم القبول لأسباب تؤدي إلى الرفض يجعل مؤدى عدم القبول في واد واحد مع مؤدى الرفض. وبعبارة أخرى، فإن الحكم التفسيري الكامن في الأسباب هو أساس الحجية المطلقة للحكم السوارى في المنطوق برفض الدعوى الدستورية.

(رابعا): فضلا عن كل ذلك، فما كان يمكن للمحكمة الدستورية العليا أن تصل إلى انتفاء المصلحة الشخصية كأساس للحكم بعدم القبول إلا بناء على الفصل في المسائل الدستورية التي نظرتها وحسمتها في أسباب حكمها؛ مما يجعل هذا الفصل في

Latorre Segura et L.Diez - Picazo op, cit.,

(١)

ذاته دعامة أساسية للحكم بعدم القبول . والفصل في المسائل الدستورية الذى يعتبر دعامة للمنطوق الصادر بعدم القبول ، يؤثر بلاشك في المضمون القاعدى للقواعد التشريعية فيما يتعلق بمعناها الذى يحدد مدى ارتباطها بالقواعد الدستورية . ولما كان المنطوق والأسباب يكونان معا وحدة واحدة متكاملة ، فإن الحكم بعدم القبول الفاصل في مسألة دستورية يكون له أثر قاعدى ، مما يبرر حجتيه^(١) .

وهكذا يتعين التمييز بين الحكم بعدم القبول « البسيط » والحكم بعدم القبول « الفاصل في مسألة دستورية » ، فالحكم الأول له حجية نسبية بين أطراف الدعوى بخلاف الحكم الثانى فإن حجتيه مطلقة .

وقد حسمت المحكمة الدستورية العليا كل شك في هذا الأمر حين رفعت إليها منازعة التنفيذ بناء على حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض ، فقضت بالاستمرار في تنفيذ حكمها ، وأكدت^(٢) في نهاية حكمها أن الحجية المطلقة تثبت للأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية « الفاصلة في مسألة دستورية » .

(١) انظر ما تقدم بند ١٠٤ .

(٢) دستورية عليا في ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية « منازعة تنفيذ دستورية » ، الجريدة الرسمية العدد ٤٢ في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٨ . قارن مع ذلك نقض ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ قضائية حيث رفضت محكمة النقض أن تطبق من تلقاء نفسها هذا القانون الأصلح للمتهم ، ملتفتة عن حكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن وكذا الحكم الصادر في منازعة تنفيذه ، وتأسيسا على أن المحكمة الدستورية لم تنته إلى دستورية أو عدم دستورية النص المطعون عليه ، وأن المناط في اعتبار القانون أصلح قد يتحقق رغم دستورية أو عدم دستورية أى من القانونين السابق أو اللاحق . ونلاحظ على هذا الحكم الأخير أنه ناقش حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في منازعة التنفيذ رغم حجتيه المطلقة ، وقوة الإلزامية المنصوص عليها في المادة ١٧٥ / ١ من قانون المحكمة الدستورية العليا . ومن ناحية أخرى ، فإن ما ورد في أسباب حكم المحكمة الدستورية بشأن القانون الأصلح لم يكن كما قالت محكمة النقض - تفسيرات وتقارير قانونية - بل كان في مقام الفصل في مسائل دستورية ، وقد تم بعد أن قطعت المحكمة الدستورية العليا بدستورية القانونين القديم والجديد ، وما كان يمكن للمحكمة بعد أن فصلت في دستورية نص القانون القديم المطعون عليه إلا أن تبين مدى نطاق تطبيقه من حيث الزمان في ضوء نص القانون الجديد ، مما دفعها إلى بحث مدى اعتباره قانونا أصلح للمتهم طبقا للمادة ٦٦ من الدستور . ولا يقدح في اعتبار الهيئة العامة للمواد الجنائية في قمة المدارج في سلم القضاء الجنائي - كما قالت بحق محكمة النقض في حكمها الأخير المشار إليه - أن تكون ملزمة بتنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا ، فذلك أمر تقتضيه سيادة الدستور وتتطلبه وحدة النظام القانوني . كما أنه لا يضير السلطة التشريعية وهى التى تضم نواب الشعب أن تنفذ أحكام المحكمة الدستورية العليا ، إعمالا لحكم الدستور الذى تستمد منه شرعية وجودها .

فهنا تندمج الأحكام بعدم القبول فيما تضمنته من فصل في مسائل دستوريته فتثبت لها جميعا حججة مطلقة. وإعمالا لما جاء في حكمها بشأن الحججة المطلقة لهذه الأحكام، فقد عنيت المحكمة الدستورية العليا بإيضاح أن الضرورة الاجتماعية التي انطلق منها القانون القديم أسقطتها فلسفة جديدة تبناها القانون الجديد، مما يجعل الجزاء الجنائي المقرر في القانون القديم ينهدم بقوة رجعية القانون الأصلح للمتهم. وهذه الرجعية ليست مجرد مسألة قانونية، وإنما هي مسألة دستورية تنبثق من مبدأ الشرعية، وعليها صون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور بنص المادة ٤١ منه. ومن هنا حق القول بالحججة المطلقة تثبت لحكم المحكمة الدستورية العليا حتى ولو جرى منطوقه بعدم القبول، طالما كان هذا الحكم فاصلا في مسألة دستورية، من خلال أسبابه التي تعتبر دعامة للمنطوق.

المبحث الثانى آثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية من حيث الزمان

١١٤- المشكلة موضوع البحث

بينما فيما تقدم أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعى المطعون عليه يؤدي إلى أثر قاعدى يفيد إدخال قاعدة قانونية جديدة مجال النظام القانونى بدلا من القاعدة المحكوم بعدم دستوريته. وهو ما يعنى أن القاعدة المحكوم بعدم دستوريته سوف تزول من النظام القانونى. فما هو نطاق هذا الأثر القانونى، وهل ينحصر فى المستقبل التالى لتاريخ نفاذ الحكم أم يمتد إلى حقبة سابقة على الحكم ترتد إلى ميلاد القاعدة المحكوم بعدم دستوريته.

إن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على أمرين :

أولهما، يتعلق بطبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية، فإن كان كاشفا للعيب الدستورى منذ مولد النص المحكوم بعدم دستوريته، اتسع نطاق آثار هذا الحكم لكى يشمل جميع الآثار القانونية المترتبة على النص المذكور منذ تاريخ العمل به. فإن كان الحكم المذكور منشأ أى مقررا إلغاء النص من النظام القانونى، رتب آثار هذا الإلغاء منذ العمل بالحكم الصادر بعدم الدستورية.

وثانيهما، يتعلق باعتبارات النظام العام التى قد تحول دون اتساع نطاق آثار الحكم بعدم الدستورية عند اعتباره كاشفا لما كان قد أصاب النص التشريعى من عوار. وهذه الاعتبارات تمس إما الحقوق المكتسبة، أو الأمن القانونى.

وقد اختلفت أنظمة القضاء الدستورى فى شأن أثر الحكم بعدم الدستورية على بنية القاعدة القانونية سواء من حيث صحتها ابتداء من تاريخ مولدها، أو من حيث العمل بها انتهاء من تاريخ إنهاء العمل بها. وفيما يلى نعرض لمختلف اتجاهاته فى هذا الشأن.

وقد ترددت المحكمة العليا الأمريكية بين الاتجاهين فقد قضت فى سنة ١٨٨٦ فى قضية "Norton V. Sheby" بأن القانون غير الدستورى ليس بقانون، فهو لا يولد

حقا ولا يفرض واجبا ولا يمنح أية حماية ، ولا ينشئ أية سلطة ، فلا يعمل به ؛ بل كأنه لم يصدر على الإطلاق^(١). وفي سنة ١٩٣٧ عدلت عن هذا الاتجاه فعلى حين قررت في قضية بعدم دستورية الحد الأدنى للأجور سنة ١٩٢٣ واعتبرت القانون المذكور باطلا ، إلا أنها في سنة ١٩٣٧ عدلت عن هذا المبدأ وقررت أنه ليس لأحكامها أى قوة لإلغاء التشريع فرغم الحكم بعدم الدستورية يظل التشريع باقيا^(٢).

١٥ - (أولا): الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف ببطلان النص التشريعي المطعون عليه

يعتمد هذا الاتجاه على أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذى يحتوى على قاعدة قانونية يعنى تعارض هذه القاعدة مع حكم الدستور ، وبالتالي سقوط الأساس الذى تبني عليه هذه القاعدة فى النظام القانوني . وهو ما يعنى أن الحكم بعدم الدستورية يعتبر كاشفا لهذا العيب لا منشئا له ، الأمر الذى يمس صحة النص التشريعي المطعون عليه منذ تاريخ العمل به ، وهو ما اصطلح على تسميته (Ex Tunc). ونحن لا نقر الخلط بين أثر الحكم الكاشف والأثر الرجعي ، فالحكم الكاشف يقرر حقيقة واقعة قبله ولا ينشئها . ومن ثم ، فإنه يكشف ما كانت عليه هذه الحقيقة الواقعة رغم ارتداد وقوعها إلى تاريخ سابق على الحكم . أما الأثر الرجعي فهو استثناء على الأصل ، لأنه ينصرف إلى امتداد الأثر القانوني إلى وقت مضى لم يكن هذا الأثر موجودا بعد . هذا بخلاف الحكم الكاشف ، فإنه يكشف عن أثر كان موجودا من قبل ولا يستحدث جديدا .

ويعتمد الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على أساس أن عيب مخالفة القاعدة القانونية للشرعية الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها^(٣). كما أنه بدون تقرير هذا الأثر تنتفى الفائدة العملية من الحكم بعدم الدستورية ، إذ لا تستطيع المحكمة التى أوقفت الدعوى انتظارا للفصل فى الدعوى الدستورية أن تطبق الحكم الصادر فيها بعدم الدستورية على النزاع المطروح عليها . يؤكد ذلك أن الطبيعة القانونية للأحكام ،

(١) Norton V. Sheby county, 118 U.S. 425 (1886).

(٢) انظر: Gerald Gunther, Individual Rights in constitutional law, N.Y. 1992 p.28.

(٣) Pierre Foucher; Contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les

États de droit: convergence des solutions en occident et idées pour l'Afrique (aupelef -

Uref) réseau droits fondamentaux, les droits fondamentaux, Bruxelles, 1997, p.358.

هى اعتبارها كاشفة للحقوق وليست منشئة لها^(١)، إذ هى لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مراكز قانونية لم تكن موجودة من قبل، بل إنها تكشف عن حكم الدستور وهو مقرر سلفا منذ تم العمل به.

وقد اعتنقت المحكمة الدستورية العليا فى مصر الاتجاه الأخذ بالأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على أساس أن ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستورتها لا يجوز تطبيقها اعتبارا من تاريخ نشر الحكم فى الجريدة الرسمية لا يعنى أن لهذه الأحكام أثرا مباشرا لا تتعدها، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلاقات السابقة عليها - ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة ٤٩ المشار إليها لا يعدو تجريد النصوص القانونية التى قضى بعدم دستورتها من قوة نفاذها التى صاحبها عند إقرارها أو إصدارها. فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها، وأن الآثار التى ترتبها الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية لا يمكن فصلها عن الأوضاع والعلاقات السابقة عليها بعد أن مسها النص المطعون فيه مؤثرا فى بنائها، وأن هذا النص لا ينفصل عما يكون قد اعتراه من عوار عند إقراره أو إصداره، فلا تكون عيوبه طارئا عارضا عليه، بل كامنة فيه، ولصيقة به منذ ميلاده، ومتصلة به - لزوما - اتصال قرار بما يشوهه، وكشفه عن عيوبه هذه ليس إلا إعلانا عن حقيقتها وإثباتا لها^(٢).

ويستند مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على مبدأ المساواة أمام القانون. فلا يجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل هذا الحكم وأخرى تكونت بعده. كما أن هذا الأثر الكاشف يضمن فعالية الرقابة على دستورية القوانين وتأكيد سيادة القانون. وبذلك تعلق الحقوق والحريات، ولا تتكس قيمتها مهما تعرضت للانتكاس فى فترة مؤقتة، لأن الأثر الكاشف بعدم الدستورية ضمان هام لإزالة كل ما أصابها من انتكاس فى الماضى. هذا هو منطق الدولة القانونية التى لا تترك الحقوق والحريات التى يحميها الدستور عرضة للمساس بها، وإنما تكفل حمايتها من خلال هيئة قضائية تعتبر جزءا من نظام الدولة، وهى المحكمة الدستورية العليا. ومع ذلك فإنه إذا كان الأثر الكاشف فى حد ذاته يعكس قيمة دستورية معينة إلا أن إقرار هذه القيمة لا يجوز أن يكون على حساب قيم دستورية أخرى، وفقا لنظام الحماية.

(١) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤، قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦.

(٢) دستورية عليا فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦، قاعدة رقم ١٢ ص ١٢٧.

* وقد ميزت المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا بصدد أثر الأحكام بعدم دستورية القوانين بين نوعين من الأحكام^(١):

(١) حكم يعلن بطلان النص التشريعي المخالف للدستور. وهذا الحكم له أثر كاشف يلحق النص منذ بدء العمل به. ويترتب على إعلان بطلان النص التشريعي استمرار وجود الأحكام القضائية الصادرة بناء عليه من حيث المبدأ، ما لم يكن قد طعن عليها قبل الحكم. على أنه إذا كان الحكم لم ينفذ بعدما أصبح تنفيذه غير مشروع. وإذا تعلق الأمر بقانون ضريبي قضى بعدم دستوريته، فلا يجوز استرداد الضريبة المدفوعة ما لم يكن الممول قد طعن من قبل على قرار ربط الضريبة، مما يجعل هذا القرار غير بات.

(٢) حكم يعلن عدم دستورية النص التشريعي دون أن يعلن بطلانه. وقد استحدثت المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا هذا النوع من الأحكام دون أساس من الدستور أو التشريع، بل ذهب البعض إلى أن هذا النوع من الأحكام يخالف قانون المحكمة الذى أقام علاقة لازمة بين عدم دستورية النص وبطلانه، مما أدى بالمشروع سنة ١٩٧٠ أن يميز إصدار هذا النوع من الأحكام، دون أن يحدد أحوال صدورها أو آثارها. ولكن المحكمة الدستورية الاتحادية حددت هذه الآثار وهى الاستمرار فى تطبيق النص غير الدستوري مؤقتاً، مع التزام المشريع بالتخلص من أثر عدم الدستورية، عدا الحالة المنظورة أمام المحكمة العادية التى رفعت الدعوى الدستورية بمناسبةها، فإن هذه المحكمة تلتزم بعدم تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته. وفى هذا الصدد، فإن المحكمة الدستورية قد تحدد للمشروع مهلة معينة لتفادى عيب عدم الدستورية. ويهدف هذا النوع الثانى من الأحكام إلى تفادى وجود فراغ قانونى محتمل إذا ما قضى بإعلان بطلان النص غير الدستوري. والأمر متروك للمحكمة فى تقدير مدى ملاءمة إصداره، ومع ذلك، فقد ذهبت فى بعض أحكامها إلى أن الحكم بعدم الدستورية ينتج ذات الأثر الذى يولده الحكم بإعلان البطلان. وهكذا، يتضح أن آثار هذا النوع الثانى من الأحكام مازالت غير واضحة. وقد تعرضت المحكمة الدستورية الاتحادية لانتقاد بسبب هذا النوع من الأحكام حين استحدثته دون أساس قانونى. فقامت بذلك مقام المشريع فى فترة انتقالية إلى أن تدخل المشريع سنة ١٩٧٠ فقنن قضاءها

(١) انظر فى الموضوع:

Klaus Schlaich, Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, Tribunal constitutionnel fédéral Allemand, op. cit., p.140-145.

المذكور. وقد تطور الأمر في نطاق هذا النوع الثانى من الأحكام، فلم تقتصر المحكمة على النطق بعدم الدستورية بل طالبت المشرع بأن يعمل وفقا للدستور. وقد حدث أن نظرت المحكمة طعنا بعدم دستورية قانون تقسيم الدوائر الانتخابية، ورأت المحكمة عدم احترام القانون لمبدأ عدم المساواة فى التقسيم بالنظر إلى عدد سكان الدائرة، الأمر الذى يؤثر فى وزن الصوت الانتخابى عند نجاح المرشح؛ ومع ذلك، قضت المحكمة الدستورية الاتحادية بعدم وجود مخالفة دستورية حتى وقت إتمام الانتخابات، إلا أنها طالبت المشرع بأن يعتنق تقسيما سليما للدوائر الانتخابية. وقد لوحظ أن المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية قد وضعت فى اعتبارها عند إصدار هذا النوع الثانى من الأحكام التنازع السياسية المترتبة على قضائها، وما قد تتضمنه من آثار خطيرة تلحق بالدولة ومنها ما سمي بالفوضى القانونية أو بالفراغ القانوني^(١). فهى قد صححت الانتخابات وفقا لقانون غير دستوري للحيلولة دون هذه النتيجة الخطيرة.

وقد أخذت المحكمة الدستورية الأسبانية بهذا المبدأ. فقضت بأنه إذا كان الأصل هو بطلان النصوص المتنازع عليها بناء على الحكم بعدم دستورتها، وكذلك أيضا النصوص المبنية عليها، إلا أن ذلك الأصل لا ينطبق فى حالة الحكم بعدم الدستورية بسبب امتناع المشرع؛ لأن إعلان بطلان هذه النصوص لا يعالج عيب الامتناع، مما يتعين معه الاقتصار على الحكم بعدم دستورية النص الذى يشوبه عيب امتناع المشرع، دون الحكم ببطلانه^(٢)، مع دعوة المشرع للتدخل لتصحيح عدم الدستورية المترتبة على هذا الامتناع أو الإغفال^(٣). كما انتهت المحكمة الدستورية الأسبانية إلى عدم جواز إعلان بطلان النصوص المقضى بعدم دستورتها إذا ترتب على هذا البطلان إحداث فراغ فى النظام القانوني يعرضه لخطر أكثر جسامة من خطر عدم الدستورية^(٤).

* وقد تغلبت المحكمة الدستورية الإيطالية على تردد الفقه الدستوري بشأن طبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية من حيث اعتباره كاشفا أو منشئا، فسرعان ما أكدت أن أحكامها بعدم الدستورية لها أثر كاشف تنسحب آثاره على الماضي (Ex tunc) وليس أثرا منشئا يؤدي إلى مجرد إلغاء النص المعمول به. وأكدت المحكمة فى أحد

(١) انظر: Klaus Schlaich, op. cit., p.140-145. Wolfgang Zeidler, op. cit., 51-52.

(٢) انظر ما تقدم ص ٢٣٦.

(٣) الحكم رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٩ الصادر فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٨٩ مشارا إليه فى:

Annuaire International de justice constit., 1998, p. 727.

(٤) الحكم رقم ١٩٥ سنة ١٩٩٨ فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٨ مشارا إليه فى: Annuaire op. cit., p. 727.

أحكامها^(٢) أن إعلان عدم الدستورية يصيب القاعدة القانونية منذ حذفها من النظام القانوني، ويجعلها عاجزة عن التأثير في العلاقات القانونية منذ نشوئها، دون مساس بالمراكز القانونية الباتة. وقالت في حكم آخر^(١) بأن الحكم بعدم دستورية القاعدة القانونية يجعل الأعمال والتصرفات المتوقفة على هذه القاعدة خالية من أى أساس قانوني. كما جرى قضاؤها على أن للمحكمة أن تستبعد «الأثر الرجعي» للحكم بعدم الدستورية في بعض القضايا إذا ترتب على الأثر الرجعي اضطراب في العلاقات القانونية.

* وأكدت المحكمة الدستورية البرتغالية أن الحكم الصادر بإعلان عدم الدستورية له أثر كاشف "Déclaratif"، وينتج أثره أى منذ تاريخ ميلاد القاعدة مشوبة بعدم الدستورية^(٢) (Ex tunc).

وقد نص الدستور البورتغالي صراحة على استثناء الحالات التي حازت حجية الأمر المقضى من نطاق الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية (Ex tunc). وطبقا لهذا النص، فإن الأحكام التي حازت هذه الحجية والتي طبقت القاعدة المحكوم بعدم دستوريته لا يعاد النظر فيها بأى طريق في ضوء الحكم بعدم الدستورية. وقد ذهب الفقه البرتغالي إلى أن المقصود بحجية الأمر المقضى ينصرف إلى كل من الحجية القضائية (Chose jugée administrative) والحجية الإدارية (Chose jugée administrative) التي تتمتع بها القرارات الإدارية التي أصبحت غير خاضعة للطعن (بفوات ميعاد الطعن مثلا).

وقد أضاف الفقه إلى هذه الحالة التي نص عليها الدستور صراحة، المراكز القانونية المستقرة تحت تأثير التقادم، أو انقضاء الالتزام أو أدائه، إلا أن موقف المحكمة الدستورية البرتغالية بشأنها لم يتضح بعد، فقد لوحظ أنها قد اتخذت جانب الحذر في هذا الشأن رغم تقديرها بأن استثناء حجية الأمر المقضى لا يستوعب جميع المراكز القانونية المستقرة. ومن ناحية أخرى، استقرت المحكمة الدستورية البرتغالية على تقييد نطاق ما يسمى «بالأثر الرجعي» لأحكامها الكاشفة لعيب عدم الدستورية، عندما

(٢) الحكم رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦٦ المشار إليه في:

Génois, Cour constitutionnelle Italienne, Annuaire 1987, op. cit., p.188.

(١) الحكم رقم ٤٩ سنة ١٩٧٠ المشار إليه في المرجع السابق ص ١٨٨ وقد قضت المحكمة الدستورية الإيطالية بأنه إذا أعلنت عدم دستورية قاعدة ألغت قاعدة أخرى، عادت هذه القاعدة الأخرى الملغاة إلى الحياة (انظر الحكم رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٤، المرجع السابق ص ١٨٩).

Génois, op. cit., p.189.

(٢)

يتطلب الأمن القانوني ذلك مراعاة لصالح العدالة أو المصلحة العامة ذات الأهمية القصوى^(١). وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة تسبيب حكمها في هذا الشأن. وأنه في سبيل ذلك لها أن توجّل إنتاج آثار الحكم بعدم الدستورية كلها أو بعضها إلى أجل معين^(٢).

١١٦ - (ثانياً): الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه

مؤدى هذا الاتجاه أن الحكم بعدم الدستورية يعنى إلغاء النص التشريعي اعتباراً من اليوم التالى لنشر الحكم المطعون عليه والتي تستخلص منه القاعدة القانونية غير المطابقة للدستور. ومن ثم، فإن هذا النص لا يعمل به اعتباراً من تاريخ الحكم بعدم الدستورية، وهو ما يعبر عنه بـ (Ex nunc). وقد أخذت بهذا الاتجاه المحكمة الدستورية في كل من أسبانيا، وتركيا، وبولندا (قبل صدور دستور ١٩٩٧) وبلغاريا (١٩٩٢)، والمجر (١٩٨٩)، ورومانيا (١٩٩٢)، وسلوفاكيا (١٩٩٣) والتشيك (١٩٩٣)^(٣). وهو ما يعنى أن الحكم المذكور له أثر منشئ بإلغاء النص المطعون عليه، وليس أثراً كاشفاً لعب الحق به منذ مولده.

وقد أخذ بهذا النظر الدستور النمساوي، إذ نص على أن الحكم «بعدم دستورية» النص التشريعي المطعون فيه (سواء كان وارداً في تشريع أو لائحة) ينتج أثره اعتباراً من يوم نشر الحكم (المادتان ١٣٩ و ١٤٠ من الدستور النمساوي)^(٤). وهو ما يسمى (Ex nunc)، وهو ما يعنى أن القاعدة القانونية التي تضمنها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته تظل حاکمة للوقائع التي حدثت في الماضي أى قبل نشر الحكم بذلك^(٥). وقد شبه أيسمان ذلك بالحكم بإلغاء القاعدة القانونية الذي ينتج أثره منذ العمل بهذا الإلغاء^(٦). وتستثنى من ذلك، ثلاث حالات هي:

Almeida, op. cit., p.214-218.

(١) انظر:

Almeida, op. cit., p.217.

(٢)

Almeida, Annuaire, 1987, op. cit., p.214,215.

(٣) انظر:

José Manuel cardoso da costa, op. cit., p.35.

(٤) انظر:

Loloum et Steinhorst; Cour constitutionnelle Autrichienne, Annuaire 1987, op. cit., p.77.

(٥)

Loloum et Steinhorst, op. cit., p.78.

(٦)

(١) سريان الحكم بعدم الدستورية على الحالة المعروضة على محكمة الموضوع والتي أثير بشأنها الدفع بعدم الدستورية الذى أحيل إلى المحكمة الدستورية العليا، وأصدرت فيه هذه المحكمة حكمها بعدم الدستورية بعد أن باشرت رقابتها المحددة على هذه الحالة. ووفقا للأحكام الحديثة للمحكمة الدستورية الألمانية يسرى أثر بطلان القاعدة القانونية كذلك على كل الحالات الأخرى التى كانت منظورة أمام المحكمة قبل قفل باب المرافعة فى الحالة التى صدر فيها الحكم^(١).

(٢) يجوز للمحكمة أن تحدد تاريخا آخر لنفاذ حكمها غير الأثر المباشر، بأن تشمل حكمها، وفى حدود سلطتها التقديرية - بالأثر «الرجعى». وفى هذه الحالة، فإن النص المحكوم بعدم دستوريته لا ينتج أثره وتزول قوته القانونية منذ مولده. وقد لوحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية قد استخدمت هذا الرخصة التى تقررت لها منذ سنة ١٩٧٦ فى حالات نادرة. وأرجع البعض ذلك إلى عدم قدرة المحكمة على تقييم النتائج المترتبة على الأثر الرجعى فى الحالات التى عرضت عليها.

(٣) يجوز للمحكمة الدستورية فى حكمها الصادر بعدم دستورية النص المطعون عليه أن تحدد أجلا يترأخى فيه أثر الحكم بعدم الدستورية حتى ينتج هذا الحكم أثره - عدا الحالة المحددة التى صدر بشأنها الحكم بعدم الدستورية فيطبق الحكم فوراً بشأنها. وقبل حلول هذا الأجل يستمر النص المحكوم بعدم دستوريته فى التطبيق. وبذلك، فإن القاعدة القانونية المقضى بعدم دستوريته يجب معاملتها وكأنها ما زالت جزءاً فى النظام القانونى مطابقة للدستور لا مساس بها، وذلك حتى ينقضى الأجل الذى حددته المحكمة. وقد لوحظ أن المحكمة كثيراً ما تستخدم هذه الرخصة بناء على طلب الحكومة. وقد كانت العلة الغالبة التى تحكم ممارسة المحكمة لهذه الرخصة القول بأن بطلان القاعدة القانونية سوف يقود البلاد إلى وضع مؤلم من الناحية السياسية^(٢). وقد تصل هذه المهلة إلى سنة تتمكن فيها الدولة من تنقية القانون من العيب الذى لحقه. كما لوحظ أيضاً أن المحكمة الدستورية النمساوية قد بدأت فى اتخاذ موقف محافظ أكثر من ذى قبل عند ممارسة رخصتها فى تحديد أجل لترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية، وأنها تتطلب من الحكومة أن تثبت أن الاختفاء الفورى للقاعدة المخالفة

C. Eisenmann, op. cit., p.229.

(١)

Loloum et Steinhorst, op. cit., p.79.

(٢)

للدستور لا يتفق مع الضرورات العملية ، وأن الأجل المطلوب يستهدف إعطاء الفرصة لتحقيق الهدف المطلوب من الحكم بعدم دستورية هذه القاعدة^(١).

وفي هذا الخصوص ، نص الدستور البولندي الصادر سنة ١٩٩٧^(٢) في المادة ١٩٠ على أن حكم المحكمة الدستورية يعمل به من يوم نشره ، ويجوز للمحكمة أن تحدد تاريخاً آخر لانقضاء القوة الإلزامية للتشريع (وغيره من الأعمال التي تتضمن قواعد قانونية) ، ولا يجوز أن تزيد هذه المدة عن ثمانية عشر شهراً بالنسبة للتشريع ، واثني عشرة شهراً بالنسبة إلى غير ذلك من الأعمال التي تتضمن قواعد قانونية . أما في الأحوال التي يترتب فيها على الحكم أعباء مالية لم ينص عليها القانون المالي (أى قانون الموازنة) ، تحدد المحكمة تاريخ انقضاء القوة الإلزامية بعد أخذ رأى مجلس الوزراء .

وجاء قانون المحكمة الدستورية البولندية الصادر في أول أغسطس سنة ١٩٩٧ بناء على هذا الدستور فنص في المادة ٧١ على أن المحكمة الدستورية تحدد عند الحكم بعدم الدستورية التاريخ الذي سوف يتوقف فيه العمل بالقانون غير الدستوري .

١١٧- أثر الحكم بعدم الدستورية طبقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا في مصر

نصت المادة ٤٩/٣ و٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر سنة ١٩٧٩ قبل القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على أن (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم . فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائى ، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه) .

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون نطاق أثر الحكم بعدم الدستورية قائلة (بعدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب ، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات

LoLoum et Stenhorst, op. cit., p.79.

(١)

(٢) انظر نصوص هذا الدستور المتعلقة بالمحكمة الدستورية العليا ،

Annuaire International de justice constitutionnelle, 1997, pp.833 -837.

السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص). واستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في تفسير النص سالف الذكر على ما أسمته بالأثر الرجعى اعتمادا على أن عيب المخالفة الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها.

وقد ذهب البعض^(١) إلى أن أثر الحكم بعدم الدستورية يعد منشأ لحالة عدم الدستورية وليس كاشفاً عنها.

وواقع الأمر أنه طبقا للمادتين ١٨٧ أو ١٨٨ من الدستور ، فإن القوانين يعمل بها بعد شهر من نشرها من اليوم التالى لتاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية ، إلا إذا حددت لذلك مياعدا آخر. ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومن ثم ، فإن مناط العمل بالقوانين هو نشرها فى الجريدة الرسمية ، ونطاق سريان القوانين يتحدد فيما يقع بعد العمل بها لا قبل ذلك . فإذا نص القانون على عدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم ، فإن إعمال حكم المادتين ١٨٧ / ١ و ١٨٨ من الدستور فى هذه الحالة ينحصر بالضرورة فى القوانين التى لا يصيبها عوار فى شروط صحتها لأن القضاء بعدم دستورية قانون معين يزيل وجوده من النظام القانونى .

والقاعدة القانونية بطبيعتها ملزمة للمخاطبين بها ، وهو ما يفترض قابليتها للتطبيق ؛ فلا إلزام بغير تطبيق ، ولا تطبيق بغير إلزام . ومن ثم ، فإن النص على عدم جواز تطبيق نص فى قانون أو لائحة قضى بعدم دستوريته يعنى تجريد القاعدة القانونية التى يحتوئها هذا النص من خاصية الإلزام ، الأمر الذى يفقدها ركنا ركيئا من أركان صحتها ، مما يودى بطبيعتها كقاعدة قانونية ولهذا نرى أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد وصفت فى بعض أحكامها النص القانونى المقضى بعدم دستوريته بالبطلان^(٢) . ولما كان البطلان بحسب طبيعته ليس إلا نتيجة قانونية لعدم صحة العمل القانونى ، فإن وصف النص غير الدستورى بالبطلان يفيد عدم صحته منذ

(١) الدكتور مصطفى محمود عفيفى ، رقابة الدستورية ، تقرير مقدم إلى المؤتمر العالمى الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان عن دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانونى المصرى (أعمال المؤتمر طبعة ١٩٩٨ ص ٦٥ و ص ٧٧) .

(٢) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ (المجلد رقم ١) ص ٨٩ ، ودستورية عليا فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ ، المجموعة السابقة جـ ص ٤٨ .

تاريخ العمل به . والصحيح - عندنا - أن البطلان يرد على القاعدة القانونية الواردة في النص بعد أن فقد خصيصية الإلزام ، ولا يرد على النص التشريعي الذي يظل قائما بغير مضمون قاعدى . ويرجع عدم الصحة إلى عدم مطابقة القاعدة القانونية في تشريع أو لائحة للدستور في إطار نظام قانونى واحد يضم قواعد قانونية متدرجة يعتبر توافق كل منها مع المستوى الأعلى شرطا لصحته .

وقد عرضنا فيما سبق بعض نماذج القضاء الدستورى في أوروبا ، حيث أخذ القانون المصرى بالنموذج الأوروبى في الرقابة الدستورية . وتبيننا أن بعضها اتجه إلى أن الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف في تجريد النص غير الدستورى من آثار منذ مولده . وأن البعض الآخر قد اتجه إلى عكس ذلك معتقدا مبدأ الأثر المنشئ لهذا الحكم . ولا شك أن هذا الخلاف يؤدي إلى اختلاف في التأصيل القانونى لأثر الحكم بعدم الدستورية ؛ فالاتجاه الأول يؤدي إلى بطلان النص التشريعي كأثر لعدم دستوريته . بينما الاتجاه الثانى يؤدي إلى إلغاء النص التشريعي غير الدستورى . ومن المعروف أن البطلان يكشف عدم صحة العمل القانونى منذ تكوينه ، فيجدره من جميع الآثار القانونية منذ وجوده ، بخلاف الإلغاء ، فإنه ينتج أثره منذ تقريره أى إنشائه .

ووفقا لقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر ، فإن تفسيرها الذى يبنى عليه الحكم له قوة الإلزام ، ويتمتع تبعاً لذلك بالحجية المطلقة ، فيحدد بذلك المسار القانونى الذى يجب اتباعه حيال أحكامها . ولا يقلل من هذا النظر ما نصت عليه المادة ٤٩ / ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا من عدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم .

فبالنسبة إلى القانون ، يجب التمييز بين تاريخ العمل به ، وبين نطاق سريانه .

فمن حيث تاريخ العمل بالقانون ، تكفلت المادة ١٨٨ من الدستور فنصت على أن يعمل بالقوانين بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، إلا إذا حددت لذلك ميعاد آخر . ومن حيث نطاق سريان القانون ، نصت المادة ١ / ١٨٧ من الدستور على أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . وفى ضوء ذلك ، نقول بأن ما نصت عليه المادة ٤٩ / ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا بشأن الحكم ينصرف إلى تاريخ العمل بالحكم الصادر بعدم

الدستورية . أما نطاق سريانه ، فإن له شأنًا آخر ، عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في قضائها المستقر وهو الأثر «الرجعى» أى الأثر الكاشف ، لكى يمتد إلى جميع الوقائع التى حدثت بعد العمل بالنص المحكوم بعدم دستوريته والسابقة على هذا الحكم^(١) . ولا يقلل من هذا النظر ما قيل من أن الفقرة الرابعة من المادة ٤٩ من هذا القانون قد نصت على رجعية الحكم بعدم الدستورية فى المواد الجنائية ، مما لم يكن هناك محل له لو كان المبدأ العام هو رجعية الحكم بعدم الدستورية . فهذا القول غير سديد ، لأن ما ورد فى الفقرة الرابعة المذكورة يقضى بأن تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى النص الجنائى المحكوم بعدم دستوريته كأن لم تكن . فهو نص خاص بسقوط الأحكام القضائية الصادرة بالإدانة بقوة القانون بناء على نص قانونى حكم بعدم دستوريته . فالمحكمة تحاكم النصوص التشريعية فى القوانين واللوائح ولا تحاكم الأعمال التى صدرت ترتبًا على هذه النصوص عندما يحكم بعدم دستورتها . وتقرير عدم دستورية النص الجنائى لا يؤدى وحده حسب القواعد العامة إلى بطلان الحكم الصادر بالإدانة بناء عليه إلا من خلال إجراءات الطعن المنصوص عليها فى القانون ، ما لم يكن هذا الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى . لهذا جاءت الفقرة الرابعة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا لعلها خاصة هى سقوط الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى النص الجنائى المحكوم بعدم دستوريته بقوة القانون ، أى اعتبارها كأن لم تكن . ونصت على أن يقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه .

ولاشك أن سقوط الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة التى حازت قوة الأمر المقضى بقوة القانون بناء على الحكم بعدم دستورية النص الجنائى جاء تطبيقًا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، باعتبار أن هذا النص هو سند شرعية الحكم ذاته . ويرتب على سقوطه سقوط سند تنفيذه أيضا . كما يعتبر هذا السقوط تطبيقًا لأصل البراءة فى المتهم فى مقام التوازن بينه وبين اعتبارات النظام العام التى تقف وراء احترام قوة وحجية الأمر المقضى .

(١) انظر الدكتوراة عزيزة حامد الشريف فى تقريرها المقدم إلى المؤتمر العالمى الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان عن دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانونى المصرى ، وعنوانه : أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة ، مجلد أعمال المؤتمر طبعة ١٩٩٨ ص ٢١٤ .

١١٨- حدود الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية

وفي رأينا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر حين تقضى بعدم دستورية القانون، مما يترتب عليه عدم نفاذه منذ تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، يجب أن توازن بين قيم دستورية مختلفة. ومن هذه القيم المصلحة العامة المتمثلة في الاستقرار القانوني وقدرة الدولة على الاستمرار وأداء مهامها الدستورية. فممارسة الحقوق والحريات لأبد أن تتقيد باعتبارات المصلحة العامة والمتمثلة في النظام العام الدستوري بوصفه شرطا عاما تمارس هذه الحقوق والحريات في نطاقه.

ويبدو ذلك في مجموعة الضوابط التي تحكم الأثر الكاشف لأحكام المحكمة الدستورية العليا والتي تتمثل فيما يلي:

١١٩- (أولا): المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم

جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا أنه (يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى وبانقضاء مدة التقادم). وعلة ذلك أن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن وفقا للقواعد العامة أن تنتقص من حقوق أخرى مكتسبة طبقا لقانون لم يحكم بعدم دستوريته، ويتمتع أصحابها بمراكز قانونية لا ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الأمر المقضى. ولا يقتصر مصدر المراكز القانونية بناء على قانون لم يحكم بعدم دستوريته على هذين المثالين. فالموظف الفعلي الذي يمارس عمله بناء على قرار إداري صحيح من حيث الظاهر يكتسب مركزا قانونيا لا يجوز الانتقاص من مركزه أو المساس بالقرارات التي أصدرها بناء على الحكم بعدم دستورية القانون الذي بنى عليه قرار تعيينه.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن الحكم الذي تستقر به المراكز القانونية يجب أن يكون باتا، وذلك باستنفاذه لطرق الطعن جميعها^(١). وقد قضت محكمة

(١) دستورية عليا في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية (العدد ٤٩) في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٩٦.

النقض بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص قانونى واجب التطبيق على جميع المنازعات التى تخضع لتطبيق هذا النص القانونى مادام الحكم بعدم دستوريته قد لحق الدعوى قبل أن يصدر فيها حكم بات^(١).

وإذا كان اعتبار الحكم باتاً قد تقرر بناء على قانون قُضى بعدم دستوريته، فإن الحكم بعدم الدستورية بقوة أثره الكاشف يجعل الحكم سالف الذكر قابلاً للطعن فيه. وتطبيقاً لذلك، صدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ بتنظيم الطعن فى الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم فى المنازعات المنصوص عليها فى المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة، وذلك على أثر صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب^(٢) فيما يتعلق بإغلاق الطعن فى هذا النوع من الأحكام لإخلالها بمبدأ المساواة أمام القانون. فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ على فتح باب الطعن أمام محكمة النقض فى الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم فى المنازعات الخاصة بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة. ونصت المادة الثانية من هذا القانون على فتح ميعاد الطعن فى هذه الأحكام لمدة ستين يوماً من تاريخ العمل بهذا القانون.

١٢٠- (ثانياً): احترام شرعية الجرائم والعقوبات

نصت المادة ٦٦/٢ من الدستور على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ

(١) نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦، الطعن رقم ٥٨٢٨ لسنة ٦٢ قضائية، وانظر نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٩٧ فى الطعن رقم ١٤٨٩ لسنة ٦١ قضائية، حيث انتهت محكمة النقض إلى أنه متى أدرك الحكم بعدم دستورية نص قانونى - قبل صدور حكم بات، فإن هذا الحكم يطبق على النزاع المطروح عليها. وقارن عكس ذلك نقض ١٣ نوفمبر سنة ١٩٩٧ الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٦٠ قضائية، حيث قضت محكمة النقض بأن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص قانونى لا يطبق على المنازعات التى صدر فيها حكم نهائى مطعون عليه بطريق النقض. وفى نفس معنى هذا الحكم نقض مدنى فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى الطعن رقم ٤٠٧٥ سنة ٦٠ قضائية.

(٢) دستورية عليا فى ٥ أغسطس لسنة ١٩٩٥، القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية «دستورية».

القانون . ولما كانت شرعية الجرائم والعقوبات تمثل أحد ملامح الشرعية الدستورية في قانون العقوبات ، فإن الحكم الصادر بالإدانة بالمخالفة لهذه الشرعية لا ينال أية حجية ولو حاز قوة الأمر المقضى ، وذلك لأن اعتبارات الشرعية الدستورية تتفوق على اعتبارات قوة الأمر المقضى . كل ذلك شريطة أن يصدر حكم من المحكمة الدستورية العليا يسجل انتهاك هذه الشرعية الدستورية . وإعمالا لهذا المنطق القانوني ، لم تتردد المحكمة الدستورية العليا في الحكم بعدم دستورية النص الجنائي الذي تراه مخالفا للدستور رغم تعديله أو إلغائه بعد ذلك . وكذلك الشأن عند صدور قانون أصلح للمتهم ، على أساس أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور يعتبر شرطا مبدئيا للنظر في أصلحهما للمتهم^(١) .

وقد ثار البحث فيما إذا كان الحكم بعدم الدستورية قد أصاب نصا جنائيا لصالح متهم كان قد طبق عليه وصدر تطبيقا له حكم جنائي حاز قوة الأمر المقضى . وقد تردد القضاء الدستوري الإيطالي في هذا الشأن مدة طويلة ، فقضى بعضها بقبول الدعوى الدستورية وبعدم دستورية النص الجنائي الصادر لمصلحة المتهم تاركا للقضاء العادي مسئولية تطبيق آثاره^(٢) . وقضت أحكام حديثة على العكس من ذلك بعدم قبول الدعوى الدستورية لانعدام المصلحة ، وذلك على أساس أن القاضى العادى يلتزم بتطبيق لقانون الأصلح للمتهم ، فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون رجعنا إلى القانون الأسوأ ، وهو ما لا يجوز تطبيقه على أساس أن النص الجنائي الأصلح للمتهم يجب الاستمرار في تطبيقه إعمالا لمبدأ عدم رجعية نصوص التجريم^(٣) . وبناء على ذلك ، يطبق بأثر مباشر الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائي أصلح للمتهم .

(١) دستورية عليا في ٣ يناير سنة ١٩٩٧ ، القضية رقم ٢٩ سنة ١٨ قضائية «دستورية» ، وانظر دستورية عليا في ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ ، قاعدة رقم ٤٤ ص ٧١٦ .
(٢) الحكم رقم ١٥٥ سنة ١٩٧٣ ، و ٢٢ لسنة ١٩٧٥ أشار إليها :

Génévois, op. cit., p.190.

(٣) انظر الأحكام رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ و ٨٥ لسنة ١٩٧٦ و ١٢٢ لسنة ١٩٧٧ و ٩١ لسنة ١٩٧٩ و ١٤٨ لسنة ١٩٧٣ مشار إليها :

Génévois, op. cit.,

١٢١- (ثالثا): الأمن القانوني

من المقرر أن الأصل في القوانين الصحة ما لم يقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا إن كان لذلك ثمة وجه. وفي هذه الحالة الأخيرة ينسحب أثر الحكم بحسب الأصل إلى تاريخ مولد القانون المقضى بعدم دستوريته. واستثناءً من «الأثر الرجعي» لحكم المحكمة أضافت المحكمة الدستورية العليا إلى الحالتين الواردتين في المذكرة الإباحية بشأن الحقوق المكتسبة وهما الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور حكم المحكمة بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم حالة ثالثة تتعلق بالأمن القانوني. وتطبيقاً لهذا المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذي تمت بناء عليه انتخابات مجلس الشعب، وإن كان يلزمه أن يكون المجلس المذكور باطلاً منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يستتبع البتة إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ حكمها بعدم الدستورية ونشره في الجريدة الرسمية^(١). وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ بالنسبة إلى القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم ١٨٢ سنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، باعتباره تشريعاً نافذاً لا يبطل ببطلان تكوين المجلس النيابي الذي أقره^(٢). فليس من شأن هذا البطلان أن يعدل ما أصدره من تشريعات أو ينال من نفاذها، ما لم تقض المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نصوصها التشريعية بناء على وجه آخر غير ما بنى عليه قضاؤها بعدم دستورية النصوص التي انتخب بناء عليها المجلس النيابي^(٣).

ولاشك أن هذا القضاء يتفق مع مقتضيات الحفاظ على الأمن القانوني (La Sécurité Juridique). فلقد ذهب القضاء الدستوري المقارن إلى أنه وإن كانت الرقابة على دستورية القوانين تهدف أساساً إلى الدفاع عن الدستور، إلا أنه على الرغم

(١) دستورية عليا في ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ سالف الذكر.

(٢) دستورية عليا في ٥ مارس سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٢٠ ص ٢١٣.

(٣) دستورية عليا في ٥ مارس سنة ١٩٩٤ السالف الإشارة إليه، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٤٩ في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٩٦.

من موضوعية النزاع الدستوري، لا يجوز تصوير هذا القضاء وكأنه منفصل عن العالم. وذهب العميد Escarras في إيطاليا إلى أن الرقابة التي يارسها القاضى الدستورى تواجهها مشكلة خطيرة هى كيفية المحافظة على الأمن القانونى، وأنه من أجل التغلب على هذه المشكلة يجب أن يحدد الآثار التى يجب أن تبقى من القانون المقضى بعدم دستوريته وتلك التى يجب إلغائها، واضعاً فى اعتباره ظروف كل حالة على حدة، ومقتضيات اليقين القانونى (La certitude du droit). وقد استخدم في إيطاليا اصطلاح Horror vacui للإشارة إلى القلق الذى ينتاب القاضى الدستورى من الفراغ القانونى الذى قد يترتب على حكمه، مما يدفعه إلى ممارسة الفن القضائى لوضع حكم أكثر ملاءمة من مجرد الرفض أو البطلان، وذلك حتى لا يؤدى هذا الحكم إلى إحداث اضطراب غير مفيد فى النظام القانونى، أو إلى المساس بالاستقرار الضرورى للمراكز القانونية.

وقد قيل فى هذا الصدد، أن القاضى الدستورى مكلف بأن يحمى القيم الدستورية فى جميع فروع القانون، وأن يتجنب فى ذات الوقت بقدر الإمكان أن يتسبب فى ثقب سوداء Trous noirs فى النظام القانونى. وقد ساد هذا الاهتمام فى المحكمة الدستورية الإيطالية، فعبر عن ذلك Vezio Crisafulli بأن المحكمة التجأت إلى بعض وسائل التفسير تحت تأثير مقتضيات عملية غير نظرية، من أجل تجنب أن يترتب على أحكام المحكمة حدوث أى فراغ فى النظام القانونى^(١). ولهذا نجد أن هذه المحكمة لا يقتصر دورها على مجرد القضاء بعدم دستورية القانون الذى تتعارض أحكامه مع الدستور، وإنما تهتم بحماية الأمن القانونى. ولهذا فإنه من المقرر أن إعلان عدم الدستورية - وفقاً للاصطلاح الإيطالى - لا يمس العلاقات المنتهية "Rapports épuisés"، أى المحسومة، أى المستقرة أو المراكز القانونية المكتملة "Les situations déjà accomplies" كما قال العميد Roubier، الأمر الذى يسمح بتجنب المساس بأحكام حازت قوة الأمر المقضى أو مراكز قانونية مستقرة بصفة نهائية^(٢). إلا أنه بقدر ما سمحت به هذه الأحكام من التغلب على مشكلة المراكز القانونية المستقرة، فإن مواجهة

Thierry Di Manno, op. cit., p.76.

(١)

Thierry De Manno, op. cit., p.76.

(٢) انظر فى هذا الشأن :

ما قد يترتب بالضرورة من وجود فراغ قانوني بسبب إعلان عدم الدستورية، آثار صعوبات جمة أمام المحكمة الدستورية الإيطالية، مما اضطرها إلى اللجوء إلى نوع من الفن القضائي يسمح لها بأن تحقق بفعالية الرقابة الدستورية دون التضحية بالأمن القانوني. ويتمثل هذا الفن القضائي في وسيلتين:

الأولى: هي التفسير القضائي الذي يعتبر دعامة لمنطوق الحكم، وذلك إذا كان النص التشريعي المطعون عليه يحتمل عدة تفسيرات يؤدي إحداها إلى اعتبار القاعدة القانونية المرتكزة على هذا النص مخالفة للدستور. ففي هذه الحالة تغلب المحكمة التفسير الذي يجعل القاعدة القانونية المذكورة متفقة مع الدستور، للحد من الآثار السلبية التي تنجم عن إبطال هذه القاعدة. وفي هذا المعنى أكد Branca الرئيس السابق للمحكمة الدستورية الإيطالية أن أحد الأسباب التي دفعت المحكمة إلى الإبقاء على القانون بدلا من إسقاطه هو الشعور بأن إلغاء هذا القانون يؤدي إلى إحداث ثقب في النظام القانوني بحيث يتطلب الأمر الحفاظ على النظام القانوني من عيوب عدم الدستورية بنوع من الجرأة أو السخاء^(١).

الثانية: تحويل المحكمة الدستورية رخصة إيقاف آثار حكمها بعدم الدستورية في حالات استثنائية، ولمدة محددة، حتى تعطى الفرصة للمشرع لتفادي عيب عدم الدستورية، ولتلافي أي اضطراب مباشر يحدق بالعلاقات القانونية القائمة^(٢).

وفي هذا المعنى، أكد Bomifacio الرئيس السابق للمحكمة الدستورية الإيطالية أن البلاد سوف تتعرض لخطر لا يمكن إصلاحه إذا استمرت المحكمة في مزاوله اختصاصها دون أن تلجأ إلى نوع من منطوق عدم الدستورية القابل للتطبيق المباشر، وصممت على الإبطال الشامل الذي ينشأ عنه فراغ تشريعي^(٣). وقد لوحظ أن اهتمام المحكمة الدستورية الإيطالية بالحد من آثار حكمها بعدم الدستورية التي يمكن أن تمس الأمن القانوني، قد بدأ بعد حوالي عام ١٩٧٠ بعد أن انتهت المحكمة الدستورية من التخلص من التشريعات الفاشية التي ظلت مطبقة في إيطاليا بعد أخذ إيطاليا

(١) انظر: Thierry Di Manno, op. cit., p.77.

(٢) هذا ما أشار إليه الرئيس السابق للمحكمة الدستورية الإيطالية في مؤتمر صحفي في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٧٢. مشار إليه في: Thierry Di Manno, op. cit., p.77.

(٣) قال بذلك في مؤتمر صحفي في ٣٠ يناير سنة ١٩٧٥. مشار إليه في:

Thierry Di Manno, op. cit., p.78.

بالنظام الجمهورى^(١)، والتي بدت متناقضة مع الدستور الجمهورى الإيطالى الصادر سنة ١٩٤٧، وخاصة قسمه الأول الذى خصص لضمان الحقوق والحريات، ذلك أن عدم التفات المحكمة الدستورية لهذه الحقيقة كان من شأنه أن يؤدى إلى نوع من الاضطراب القانونى^(٢).

وقد لاحظ جانب من الفقه الإيطالى، أن هذا التقليد لا يتفق مع حكم الدستور الإيطالى (المادة ١٣٦) التى لا تستطيع المحكمة الدستورية تعديله أو توسيع نطاقه أو تضييقه، ما لم يتم تعديل دستورى بهذا المعنى^(٣). ولهذا نادى البعض بأنه يمكن تحديد مهلة بين لحظة صدور حكم المحكمة، ونقطة البدء فى أعمال آثار بطلان هذا الحكم، بوسائل مختلفة، منها تأخير نشر الحكم الصادر بعدم الدستورية، وقد لوحظ فى السنوات الأخيرة أن المحكمة الدستورية الإيطالية فضلت الحكم برفض الدعوى، أو وضع شروط على الحجية المطلقة للحكم. كما لجأت المحكمة فى بعض الأحوال إلى تنبيه المشرع إلى ما يشوب النص المطعون عليه من عيوب وكيفية معالجتها. مثال ذلك أنه بعد فترة طويلة من تنبيه المحكمة المشرع إلى ملاحظاتها على صيغة اليمين التى يؤدىها الشهود دون أن يتحرك البرلمان لتفادى هذه الملاحظات؛ قضت المحكمة بأن هذه الصيغة التى تتضمن قسما بالله، لا تنطبق على غير المؤمنين "Non croyants"^(٤). ومن الأمثلة القضائية المشهورة فى هذا الصدد ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية من عدم دستورية^(٥) امتداد عقود إيجار المباني المستخدمة لغير أغراض السكنى، وذلك على أثر ما نبهت إليه المحكمة المشرع سنة ١٩٨٤ إلى عدم اللجوء إلى مثل هذه الحيلة. ومثال ذلك أيضا، أن المحكمة سنة ١٩٨٦ نبهت المشرع إلى عدم إمكان مد العمل مرة أخرى بالنصوص الحالية التى تستبعد العلانية فى القضايا الضريبية، وأن تدخله يعتبر أمرا لازما لتفادى نتائج جسيمة تترتب على هذا العيب. ورغم قلة هذا

Thierry Di Manno, op. cit., p.78,79.

(١) انظر فى ذلك:

(٢) تجدر الإشارة أنه عند وضع الدستور الإيطالى اقترح Costantino Mortani أن النصوص المقضى بعدم دستوريتهما توقف آثارها لمدة تسمح للمشرع بأن يضع بدلا منها النصوص اللازمة والمتفقة مع الدستور، إلا أن هذا النص لم يوافق عليه.

Thierry Di Manno, op. cit., p.80.

Génevois, op. cit., p.191.

(٣) انظر:

Oriazo, Lavagna: وقد أشار إلى:

Génevois, op. cit., p.192.

(٤) انظر الحكم رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٩ مشارا إليه فى تقرير:

Génevois, op. cit., p.191.

(٥) انظر الحكم رقم ١٠٨ لسنة ١٩٨٦ فى تقرير:

النوع من الأحكام الذى يقتصر على تنبيه المشرع، فقد لاحظ جانب من الفقه ما يشوب الأحكام الصادرة بهذا المعنى من تناقض بين ما يظهر من عدم دستورية النصوص المطعون عليها وبين منطوق قضائها^(١). ومع ذلك، فلم يقلل الفقه من أهمية هذا النوع من الأحكام التى من شأنها أن تعالج المحكمة من تلقاء نفسها بعض المسائل الدستورية التى تلاحظها عند تسبب الحكم برفض الدعوى، وذلك حتى يعالج المشرع مشكلات جسيمة تستحق الحسم^(٢).

وقد واجهت المحكمة الدستورية الألمانية هذه المشكلة، فعملت على تفادى ما أسمته بحدوث فراغ تشريعى يصل بالبلاد إلى مرحلة الفوضى التى تهدد الحقوق والحريات وتزعزع الاستقرار فى البلاد وتهز أمنه القانونى. وبناء على ذلك، فعلى الرغم من أن القانون الألمانى لا يخول هذه المحكمة سوى سلطة إبطال التشريع غير الدستورى، إلا أن المحكمة استحدثت نوعاً ثانياً من الأحكام يقضى بإعلان عدم دستورية التشريع دون القضاء ببطلانه. وقد مارست المحكمة هذا التقليد القضائى دون سند تشريعى، مما دفع المشرع إلى تقنينه سنة ١٩٧٠ بتعديل قانون المحكمة الدستورية الألمانية (المادة ٣١/٢ و٣ والمادة ٧٩) دون أن يحدد هذا التعديل الأحوال التى تقتصر فيها المحكمة على الحكم بإعلان عدم دستورية التشريع دون إبطاله ودون تحديد آثار هذا الحكم. إلا أن المحكمة الدستورية ميزت بين آثار الحكم بالبطلان، والحكم بعدم الدستورية؛ فجعلت الحكم الأول كاشفاً لعدم صحة التشريع منذ ولادته، وجعلت الحكم الثانى منشئاً لإلغاء النص غير الدستورى من يوم صدور هذا الحكم^(٣). وقد سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية الألمانية أن تقتصر على الحكم بإعلان عدم الدستورية دون الحكم بالبطلان فى عدة مناسبات، منها قانون ضريبى قضت بعدم دستوريته بسبب إخلاله بمبدأ المساواة، فرأت المحكمة أن إبطال التشريع منذ صدوره سوف يؤدى إلى نتائج وخيمة تلحق بالدولة، وكذلك الشأن بالنسبة إلى قانون يتعلق بتحديد مرتبات الموظفين لما رأته المحكمة من أن إبطال هذا القانون سوف يؤدى إلى استحالة تقاضى الموظفين مرتباتهم بصفة مؤقتة إلى حين صدور قانون جديد. وكذلك الشأن بالنسبة إلى قانون التعليم العالى فيما يتعلق بتعريف أساتذة التعليم

Genevois, op. cit., p.192.

(١) انظر الحكم رقم ٢١٢ لسنة ١٩٨٦ مشاراً إليها فى :

Genevois, op. cit., p.192.

(٢) انظر الموضوع فى تقرير:

(٣) وقد سارت على ذلك أيضاً المحكمة الدستورية الأسبانية. انظر ما تقدم بند ١١٥.

العالى، فقد رأت المحكمة أن الأثر الرجعى سوف يؤدى إلى نتائج خطيرة، وأنه من الأفضل ترك الأمر للمشرع لكى يحدد كيفية تفادى عيب عدم الدستورية. وكذلك الشأن بالنسبة إلى قانون يتعلق بقبول الطلاب فى الجامعات دون تحديد معايير قبولهم، فقد رأت المحكمة أن الحكم ببطالان هذا القانون «بأثر رجعى» أى منذ العمل به سوف يؤدى إلى تقييد قبول الطلاب بغير رخصة من المشرع، وهى نتيجة لا يقرها النظام الدستورى^(١).

وقد جرت بعض أحكام المحكمة المذكورة على إرجاء الأثر المباشر لحكمها بعدم الدستورية (ذى الأثر المنشئ) خلال مهلة معينة مع دعوة المشرع لإحداث التعديل التشريعى الذى يجعل النص المطعون عليه متفقاً مع أحكام الدستور خلال هذه المهلة^(٢). ويلاحظ أيضاً أن المحكمة الألمانية قد عنيت فى هذه الأحوال بالعمل على تحقيق ما أسمته بالاستقرار القانونى المترتب على القانون الباطل بسبب مخالفته للدستور^(٣).

ومن ناحية أخرى، فكما بينا من قبل - لجأت المحكمة الدستورية البرتغالية إلى الحد من الأثر الكاشف لحكمها فى بعض الأحوال، وذلك بتأجيل ترتيب آثار الحكم بعدم الدستورية - كلها أو بعضها - فى أحوال معينة، أو باستبعاد الأثر الكاشف «الرجعى» للحكم^(٤).

وفى هذا السياق أيضاً، فإن المحكمة الدستورية النمساوية رغم أخذها بالطبيعة المنشئة للحكم بعدم الدستورية والتى تؤدى إلى ترتيب أثر مباشر على ما يقع بعده من وقائع قانونية، فإنها جرت فى بعض الأحوال إلى تأجيل ترتيب هذا الأثر خلال مهلة معينة لتفادى الفراغ القانونى الذى ينشأ بسبب إبطال النص المطعون عليه^(٥). وهذا ما جرى عليه الدستور البولندى الصادر سنة ١٩٩٧ كما بينا من قبل^(٦).

ويبين مما تقدم، أن العمل على الحفاظ على الأمن القانونى والحيلولة دون حدوث

Klaus Schaich, op. cit., p.141,142.

W.Zeidler, p.51.

Klaus Schaich, op. cit., p.141.

Almeida, op. cit., p.217.

Genevois, op. cit., p.192.

Charles Eisenmann, op. cit., p.226.

(١) انظر:

(٢) انظر ما تقدم:

(٣) انظر:

(٤)

(٥) انظر الموضوع فى تقرير:

(٦) انظر ما تقدم بند ١٠٦.

أى فراغ تشريعى أصبح من الأعمال التى ينطوى عليها النشاط القضائى للمحاكم الدستورية فى أوروبا، ويمثل علامة بارزة للممارسة المسئولة لوظيفتها القضائية. يستوى فى ذلك أن تكون آثار أحكام المحكمة منسحبة على الماضى بحكم طبيعتها الكاشفة أو منشئة بالنسبة إلى المستقبل.

وواقع الأمر، أن التقليد القضائى الدستورى بمراعاة اعتبارات الأمن والاستقرار القانونى على النحو المتقدم، يأتى فى مجال الموازنة بين الحقوق والحريات فيما بينها من ناحية وبينها وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى. فهذه الموازنة تتطلب ضبطا دقيقا لنطاق الحماية الدستورية حتى تحقق هدفها المرسوم فى إطار النظام العام الدستورى الذى لا يقوم إلا بهذا التوازن الذى ينهض به نظام الحماية الدستورية. وبناء على ذلك، فإن مراعاة الأمن القانونى فى النصوص التشريعية أدى إلى مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية، كما أدى إلى عدم دستورية النص الذى يفرض ضريبة بأثر رجعى دون أن تقتضى المصلحة العامة ذلك لأنه يضر بالأمن القانونى للممولين^(١)، وكذلك إذا كانت هذه الضريبة قد تعذر على المكلفين بأدائها توقعها وباغتتهم بها السلطة التى فرضتها، مما يتنافى مع العدالة الاجتماعية^(٢)، وهو ما يعتبر من ضروب الإخلال بالأمن القانونى.

١٢٢- القرار بقانون رقم ١٦٨ سنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا

جاء القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فاستبدل بنص هذه الفقرة نصا جديدا يقضى بما يلى: «ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص».

وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون، أن قضاء المحكمة الدستورية

(١) انظر قرار المجلس الدستورى الفرنسى : 95-404 Dc du 18 décembre 1998, Annuaire International de justice constit., 1998, pp. 781, 782.

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٨ ففى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

العليا قد جرى في مجال تفسيرها لنص المادة ٤٩ من قانونها - على أن الحكم الذى تصدره بعدم دستورية نص تشريعى يكون له أثر يمتد إلى الماضى برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة . كما أكدته القرار بقانون سالف الذكر حين عنى صراحة على سبيل الاستثناء بتقرير أثر مباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي ، مما يكشف عن أن القاعدة العامة هى الأثر الذى يمتد إلى الماضى كنتيجة للطبيعة الكاشفة للحكم بعدم الدستورية .

وقد استحدث هذا القرار بقانونين أمرين :

١٢٣- (أولهما): إعطاء رخصة للمحكمة لتحديد تاريخ آخر لعدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته

فسرت المذكرة الإيضاحية هذا النص بأنه يعنى تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر منشئ «لا يمتد إلى الماضى» لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التى تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التى تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها ، وقدر الخطورة التى تلازمها .

وبذلك أفسح هذا النص للمحكمة الدستورية العليا فرصة لتقدير الظروف والملابسات التى تحيط بتطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته ، وإقامة توازن دقيق بين النتائج القانونية للأثر الكاشف لعدم الدستورية ومقتضيات الحفاظ على الاستقرار أو الأمن القانونى وغير ذلك من اعتبارات المصلحة العامة . وقد أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع القرار بالقانون حين ألمحت إلى ما استهدفه القرار بقانون من علاج مشكلات الإطلاق فى تطبيق الأثر الكاشف وما يقتضيه الأمر من تحقيق الموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية فى المجتمع ، والحفاظ على أمنه اجتماعيا واقتصاديا ، وهى أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى .

ويتفق هذا النص مع ما جرت عليه المحكمة الدستورية فى كل من ألمانيا وإيطاليا والبرتغال^(١) . ويلاحظ أن استخدام عبارة (ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر) لا يقتضى حتماً حصر الرخصة الممنوحة للمحكمة فى ترتيب الأثر المباشر للحكم ، بل يمتد إلى إعطاء مهلة معينة تقدرها المحكمة ويترتب بعدها أثر الحكم . فقد تكون هذه

(١) انظر ما تقدم بنده ١١٥ .

المهلة لازمة لكي ترتب الحكومة أوضاعها في ضوء هذا الأثر، أو لكي يعطى للسلطة التشريعية أجلا لتعديل النص في ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا. فإذا انقضت المهلة التي تحددها المحكمة، رتب الحكم أثره اعتبارا من اليوم التالى لانقضاء هذه المهلة. ويجب على المحكمة إذا رأت إعطاء مهلة لترتيب أثر الحكم أن تحدد في حكمها ما إذا كان الحكم ينتج أثره بطريق مباشر بعد انقضاء هذه المهلة، أم أن آثاره تنسحب على الماضى بحسب الأصل، في هذه الحالة الأخيرة تكون فائدة هذه المهلة هى تمكين المشرع من معالجة نتائج هذا الحكم، أو تمكين المراكز القانونية السابقة على الحكم من اكتساب حجيتها واستقرارها البات طبقا للقانون.

١٢٤ - (ثانيهما): ترتيب الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي

استهدف المشرع بهذا النص الخروج عن القواعد العامة في الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية في نوع معين من القضايا التي قد يترتب على تنفيذ هذا الحكم بشأنها بأثر رجعى ورد الضرائب المفروضة بغير حق إلى الممولين الذين سددها، المساس بالخزانة العامة على نحو مؤثر في المصلحة الاقتصادية للبلاد.

وقد عبرت المذكرة الإيضاحية عن هذا المعنى بقولها: «إن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعى مؤداه أن ترد حصيلتها التى أنفقتها في مجال تغطية أعبائها - إلى الذين دفعوها من قبل - بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في التنمية، ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعتها، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها، وتلك جميعها آثار خطيرة». وقد رأينا كيف أن المحكمة الدستورية الألمانية قد اتخذت هذا المسلك خروجاً على القاعدة العامة وفقاً للقانون الألمانى وهو الأثر الكاشف (الرجعى) لأحكامها. وإذا كان الأمر متروكا في القضاء الدستورى الألمانى لتقدير المحكمة، فإنه قد أصبح في القانون المصرى قاعدة ملزمة عبر المشرع في فرضها عن رؤيته في التوازن بين الحقوق والحريات من ناحية، والمصلحة العامة من ناحية أخرى. ولا يقتصر الأمر عند هذا المدلول القانونى، بل إنه يكشف عن تأكيد المشرع لأهمية الموازنة بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة كمبدأ عام باعتبار أن هذه الموازنة تمثل في ذاتها نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات. وهو ما يتضح حين أعطى القرار بقانون للمحكمة الدستورية رخصة تحديد تاريخ آخر لترتيب آثار الحكم بعدم الدستورية غير التاريخ الذى تفرضه الطبيعة الكاشفة للحكم بعدم الدستورية.

فمن خلال استخدام هذه الرخصة تعمل على تحقيق التوازن الدستوري بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة ، وذلك باعتبار أن نظام الحماية الدستورية قائم على هذا التوازن . وهى إذ تجرى هذا التوازن تباشر صميم وظيفتها الدستورية فى سبيل تطبيق الدستور . وقد رأينا من قبل ، كيف أن الدستور البولندى الصادر سنة ١٩٩٧ الذى أخذ بالأثر المنشئ لأحكام المحكمة الدستورية قد أجاز للمحكمة تحديد تاريخ آخر لانقضاء قوة النص المحكوم بعدم دستوريته ، وكيف أن قانون المحكمة الدستورية الصادر فى أغسطس سنة ١٩٩٧ بناء على هذا الدستور قد نص على أنه عندما يترتب على الحكم أعباء مالية لم ينص عليها قانون الموازنة ، تحدد المحكمة تاريخ انقضاء القوة الملزمة للنص المحكوم بعدم دستوريته ، وذلك بعد أخذ رأى مجلس الوزراء^(١) .

ولا يفوتنا أن نؤكد مرة أخرى أن هذا الاستثناء يؤكد بمفهوم المخالفة ما اتجهت إليه المحكمة الدستورية العليا فى مصر كقاعدة عامة فى قضاء ثابت مطرد من ترتيب الأثر الكاشف «الرجعى» للأحكام الصادرة بعدم الدستورية .

وغنى عن البيان ، أن النصوص الضريبية هى التى تتعلق بالضرائب بالمعنى الدقيق دون الرسوم ، دون إخلال بسلطة المحكمة التقديرية فى ترتيب الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية فى القضايا المتعلقة بالرسوم . وبالتالى ، فإن الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية فى القضايا الضريبية يترتب وجوبيا بقوة القانون دون حاجة إلى النص عليه فى منطوق الحكم ، بينما يترتب فى غيرها من القضايا أيا كان نوعها جوازيا فى حدود السلطة التقديرية للمحكمة ، وبحكم واضح صريح منها .

ويسرى الأثر المباشر على المواد المرتبطة بالمادة المطعون عليها فى القانون الضريبى ، طالما كانت تطبيقاتها تنحصر فى المسائل الضريبية وحدها^(٢) .

وليس فى ترتيب الأثر المباشر فى القضايا الضريبية بقوة القانون أى مساس بمبدأ المساواة ، نظرا لاختلاف هذا النوع من القضايا عن غيرها فى طبيعتها وآثارها ، ولأن هذا الاستثناء تحكمه قواعد موضوعية تتفق مع الهدف من قانون المحكمة الدستورية ، وهو تأكيد سيادة الدستور الذى يحمى الحقوق والحريات بالتوازن مع حماية المصلحة العامة .

(١) انظر بند ١٠٩ فيما سبق .

(٢) انظر مثالا لذلك ، دستورية عليا فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية (العدد ٥٠ تابع) فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨ .

وحسباً لأى خلاف فى شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبى ينسحب إلى ذى المصلحة فى الدعوى الدستورية أم تنحصر عنه، فقد نص القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على استفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص. ويستوى بطبيعة الحال، أن تكون المسألة الدستورية قد أثرت عن طريق الدفع أمام المحكمة العادية أو عن طريق الإحالة منها من تلقاء نفسها أو من خلال تصدى المحكمة الدستورية العليا من تلقاء ذاتها، فكما عبرت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون سالف الذكر، فإن الفائدة العملية للخصومة الدستورية يتعين أن يجنيها كل ذى شأن فيها من أطرافها.

وننبه إلى أن ترتيب الأثر المباشر للحكم بناء على القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا فى الحدود التى نصت عليها هذه الفقرة، لا يترتب عليه المساس بالفقرة الرابعة من هذه المادة بشأن اعتبار الأحكام الجنائية بالإدانة استناداً إلى النص المحكوم بعدم دستوريته، كأن لم تكن. كما أنه إذا قضى بالأثر المباشر للحكم بعدم دستورية النص المطعون عليه، وكان هذا النص شرطاً لتطبيق نص جنائى، (كما هو الحال بالنسبة لنص ضريبى يكون النص الجنائى المتعلق بالضريبة مبنياً عليه) فإن الحكم بعدم الدستورية يؤدى إلى إفراغ النص الجنائى من مضمونه، فينطبق بأثر رجعى بوصفه قانوناً أصحح للمتهم فى ضوء تغير معناه. مثال ذلك، النص الذى يعاقب على التهريب الضريبى إذا قضى بعدم دستورية النصوص المتعلقة بالضريبة. وأساس ذلك أن إلغاء النصوص المتعلقة بالضريبة يؤدى تبعاً لذلك إلى إلغاء الركن المادى لجريمة التهريب الضريبى. فالنصوص تدرك بمعانيها لا بمبانيها. والمعانى هى التى تحدد مدلول القاعدة القانونية داخل النص القانونى.

(١) وقد ثار البحث عما إذا كانت هذه الاستفادة تقتصر على الدعوى الموضوعية التى كانت محلاً للطعن الدستورى، أم تشمل كل المنازعات المنظورة أمامها بشأن النص الذى قضى بعدم دستوريته. وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية على اختيار الحل الأخير منذ سنة ١٩٤٨.

Sylvie Peyrou - Pistouley; La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche, Paris Economic, coll 1993, p. 354.

الجزء الثانى

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات
فى المواد الجنائية

(القانون الدستورى الجنائى)

١٢٥- فكرة عامة

بينما في الجزء الأول من هذا الكتاب الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات . وأوضحنا أن هذه الحماية الدستورية تتطلب التوازن بين القيم الدستورية لهذه الحقوق والحريات من ناحية ، والقيم الدستورية للمصلحة العامة من ناحية أخرى . ويتحمل المشرع مسئولية توفير ضمانات هذه الحماية الدستورية من خلال هذا التوازن ، وذلك تحت رقابة القضاء الدستوري .

ولما كان القانون الجنائي بفرعيه (قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية) يتولى حماية الحقوق والحريات من المساس بها سواء من خلال التجريم والعقاب ، أو من خلال ضمان أن الأصل في البراءة وتوفير الضمان القضائي وتمكين المتهم من محاكمة منصفة أمام القضاء ؛ وكان هذا القانون في ذات الوقت يهتم بحماية مصالح المجتمع التي تتعرض للخطر أو الضرر بسبب ما يصيبها من أعمال تمس حقوق الأفراد وحرياتهم وكذا حسن سير الحياة الاجتماعية ؛ فإن التوازن الدقيق بين اعتبارات حماية المصلحة العامة واعتبارات حماية الحقوق والحريات تلقى مجالها الخصب في هذا القانون . لذلك رأينا تطبيقاً للأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات أن نبحث نطاق هذه الحماية في كل من قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية . وسوف نستعرض في باب تمهيدى علاقة القانون الجنائي بالحقوق والحريات ، ثم نبين بعد ذلك ركائز الشرعية الدستورية التي يعتمد عليها كل من القانونين . وننوه إلى أن هناك ركيزة مشتركة هي الشرعية الجنائية (بشأن الجرائم والعقوبات والإجراءات) سوف نبينها عند دراسة ضمانات الحماية الدستورية في قانون العقوبات .

وتهدف الدراسة في هذا الجزء إلى إلقاء الضوء على هذه الزاوية التي ظلت إلى حد كبير بعيدة عن دائرة الضوء في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية ؛ وذلك ببحث مجال لم ينل عناية كبيرة من الفقه الدستوري وإن كان قد حظى باهتمام المحكمة الدستورية العليا ، فقدمت حصيلة فائقة من المبادئ الدستورية في هذا الشأن . وقد أسهمت هذه المبادئ في تكوين القانون الجنائي ، فلم تصبح مجرد جزء من القانون الدستوري بل تجاوزت هذا النطاق لكي تتعداه إلى القانون الجنائي ذاته . وبالإضافة إلى ذلك ، فقد قال الفيلسوف هيغل «إن القانون الذي يتخذ وجوده في شكل التشريعات الوضعية، يبدو مضمونه من خلال التطبيق» . وقد أثر الدستور في كل من وجود

التشريع وتطبيقه، لأن مبادئه وقواعده الدستورية وإن خاطبت المشرع إلا أن بعض قواعده الدستورية تخاطب الجهات المكلفة بتطبيقه. وقد لوحظ أن القانون الجنائي بفرعيه (العقوبات والإجراءات) يذخر بكثير من الدراسات التي تناولت مفاهيمه، وعالجت موضوعاته تحت تأثير نظريات مختلفة ترد إما إلى نظرة مادية بحتة تركز على السلوك الإجرامي ذات النشاط الخارجى أو تنبعث من نظرة نفسية تركز على شخص المجرم، أو تنبعث من نظرة تجريدية يحكمها الفن القانونى المجرد. كما تمت المعالجة فى ضوء طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة تحت تأثير مختلف النظم السياسية. وقد وضعت المبادئ والقواعد الدستورية حدا لكثير من النظريات والاتجاهات التى تحكمتم فى مضمون قواعد القانون الجنائى، لكى تجعلها أكثر انضباطا مع الإرادة العامة للشعب المتمثلة فى الدستور.

ونستهدف من هذه الدراسة أن ترتبط دراسة القانون الجنائى بالشرعية الدستورية، تأكيدا لوحدة النظام القانونى الذى يحكمه دستور واحد. ومن خلال هذا الارتباط نلقى الضوء على جوانب جديدة فى هذا القانون تربطه بسائر فروع القانون، فلا يكون هائما بعيدا عنها، بل مرتبطا معها بحكم موقعه فى النظام القانونى الذى يقف الدستور على قمته. ومن ناحية أخرى، فإن كلا من قانونى العقوبات والإجراءات فى ظل الديمقراطية وسيادة القانون التى أكدها الدستور ليسا أداة للقهر أو التحكم، وإنما يجب أن يرتكزا على أساس من الدستور الذى يعد حماية للحقوق والحريات^(١).

ومن ناحية أخرى، فإن الدستور يحمى الحقوق والحريات، ويأتى المشرع ليوفر الضمانات الكافية لهذه الحماية. ويتدخل القاضى لتأمين هذه الحماية والمحافظة عليها. ولما كان أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يبدو فى المواد الجنائية، فإننا سوف نفرّد هذا الجزء الثانى من هذا الكتاب لتطبيقات الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى كل من التجريم والعقاب، والإجراءات الجنائية، متمثلا فى القانون الدستورى الجنائى.

وإذا كان هذا الجزء محض تطبيق للأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات، إلا أنه فى الحقيقة يعبر عن مضمون القانون الدستورى الجنائى لكى نفتتح المجال للبحث العلمى فى هذا المجال.

(١) انظر فى الموضوع: Favoreu; la constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, Vers un droit constitutionnel pénal, Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Edition cujas, 1989, p. 169 - 211.

باب تمهيدى

الشرعية الدستورية
فى قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية

الفصل الأول

التوازن بين الحقوق والحريات في القانون الجنائي

١٢٦- دور القانون الجنائي في إحداث التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة

يهدف القانون الجنائي بفرعيه (قانون العقوبات ، وقانون الإجراءات الجنائية) إلى حماية المصالح الاجتماعية سواء كانت من المصالح العامة التي تمس كيان الدولة أو المجتمع ، أو من الحقوق والحريات والمصالح الخاصة التي تتعلق بالأفراد .

ويتميز هذا القانون بأن قواعده تتسم بقوة التأثير على السلوك الاجتماعي . ويبدو ذلك واضحا في قانون العقوبات الذي يفرض أنماطا من السلوك ويرتب عقوبة على مخالفتها . كما يتجلى هذا المعنى أيضا في قانون الإجراءات الجنائية بما ينظمه من قواعد إجرائية تمس حقوق وحريات المواطنين في سبيل كشف الحقيقة وإقرار حق سلطة الدولة في العقاب .

على أن قوة التأثير الذي تتسم به قواعد القانون الجنائي على السلوك الاجتماعي لا تخفى طابعه الحقيقي ، وهو حماية المصلحة الاجتماعية . وتتجلى هذه المصلحة في قانون العقوبات بما يفرضه من أنماط السلوك المختلفة لحماية المصالح والقيم الاجتماعية وحماية الحقوق والحريات ، بما يفرضه من جزاء قانوني لضمان احترام هذه الأنماط .

وتتوقف فعالية قانون العقوبات في أداء هذه الوظيفة على معيارين ، هما : مدى حسن تعبيره عن المصالح والقيم الحالية للمجتمع ، ومدى تنظيمه للجزاء الجنائي .

أما عن المعيار الأول ، فإن قانون العقوبات يمر حاليا بأزمة التكيف مع متطلبات المجتمع ، فهو يواجه صدمة التغيرات السريعة التي تمس مصالح المجتمع وقيمه ، الأمر الذي يقتضى أن يواجه القانون بصفة دائمة هذه التغيرات وأن يداوم على التعايش مع

تطور المجتمع الذى يحيا فيه . وبالنسبة إلى المعيار الثانى ، فإن الجزاء يجب أن يخضع لسياسة جنائية تكفل بوضوح خدمة هذا الجزاء للهدف الاجتماعى من قواعد التجريم ، وحتى يكفل احترام المصالح والقيم الاجتماعية التى تعبر عنها هذه القواعد وحماية الحقوق والحريات التى تنظمها .

وبالنسبة إلى قانون الإجراءات الجنائية ، فإنه يهدف بوجه عام إلى حماية المصلحة الاجتماعية من خلال ما ينظمه من إجراءات لكشف الحقيقة وإقرار سلطة الدولة فى العقاب ، وبواسطة الضمانات التى يقررها حماية لحقوق وحريات المتهم التى تتعرض للخطر من جراء هذه الإجراءات .

ويوازن القانون الجنائى بفرعيه بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة ، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن سيره وفعاليته . ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح - وخاصة الفردية منها - على النظام السياسى والاجتماعى والاقتصادى للدولة .

ومن خلال التوازن الذى يقيمه القانون الجنائى بفرعيه بين المصلحة العامة والحقوق والحريات الأساسية ، فإن المشرع الجنائى لا يتوانى عن حماية هذه الحقوق والحريات الأساسية بثلاثة أساليب :

الأول : الحماية الجنائية للحقوق والحريات ، من خلال تجريم أفعال المساس بها والمعاقبة عليها ؛ مثل المساس بالحق فى الحياة الخاصة ، أو على الحق فى الحياة ، أو الحق فى سلامة الجسم ، أو الحق فى الحرية الشخصية ، أو الحق فى الثقة والاعتبار . وتنطوى هذه الحماية الجنائية فى ذات الوقت على حمايته للنظام العام الذى يتأذى من المساس به ، ومن المساس بالحقوق والحريات .

الثانى : أن تتم الحماية الجنائية للحقوق والحريات من خلال التوازن مع ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات ؛ فلا يجوز أن تكون هذه الحماية وسيلة للعصف بها ؛ مثل حرية التعبير ، وحق نشر الأخبار ، وحرية البحث العلمى ، وحق النقد ، وحق مخاطبة السلطات العامة ، وحق الدفاع . فالتوازن بين الحقوق والحريات المحمية يحدد سلطة المشرع الجنائى فى التجريم والعقاب . مثال ذلك أن تجريم المساس بالحق فى الثقة والاعتبار لا يجوز أن يمس حرية التعبير ، كما أن تجريم المساس بالحق فى سلامة الجسم

لا يجوز أن يمس الحق في العلاج. وتجريم المساس بالحق في الحياة لا يجوز أن يتم بالتضحية بالحق في حياة شخص آخر أولى بالاعتبار (مما يخوله القانون حق الدفاع الشرعى). وكذلك الشأن في التوازن بين العقوبة وجسامة الجريمة^(١).

كما تكون هذه الحماية في إطار التوازن مع المصلحة العامة المتمثلة في النظام العام بجميع جوانبه والذي يتطلب تقييد ممارسة هذه الحقوق والحريات مراعاة للمصالح العام وتجريم الخروج عن هذه القيود. ويجب أن يكون ذلك في حدود الضرورة الاجتماعية التي تتطلب التجريم والعقاب، وبقدر متناسب مع الفعل الصادر الذي يتطلبه.

والثالث: هو ضمان التمتع ببعض الحقوق والحريات، كقيد على الإجراءات الجنائية التي تتخذ لاقتضاء حق الدولة في العقاب، فإذا تطلب الأمر من سلطة التحقيق القبض على المتهم أو تفتيشه، فلا يجوز أن يتم ذلك بالتضحية بصفة مطلقة بحقة في الحرية، أو حقه في سلامة المسكن. كما أن محاكمة المتهم لا يجوز أن تحرمه من حقوق الدفاع، ومن التمتع بحقوق متوازنة مع سلطة الاتهام.

وفي هذا الصدد فإن الصراع دائم بين مقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات تمتع الفرد بحقوقه وحرياته^(٢).

وتدق وظيفة القانون الجنائي أمام التطور الاجتماعى السريع الذى لحق بالمجتمعات الإنسانية خلال القرن التاسع عشر وفي أوائل القرن العشرين، وما صاحبهما من تقدم علمى يمكن استخدامه بطريقة تضر بالإنسانية. وقد انعكس هذا التطور في تحديد نطاق المصالح التي يجب أن يحميها قانون العقوبات، وفي تحديد مدى مشروعية بعض الوسائل التكنولوجية الحديثة في كشف الحقيقة.

ويؤدى القانون الجنائي وظيفته في الدولة القانونية في إطار الشرعية الدستورية على النحو الذى يحدده الدستور؛ فقانون العقوبات يحمى الحقوق التي قررها الدستور

(١) انظر ما تقدم بند ٢٨ و ٢٩.

J. LEAUTÉ; Droit pénal et démocratie en " Aspects nouveaux de la pensée juridique, (٢) Melanges MARC ANCEL" 1975; pp. 151, 153 et 145.

Seminar on the role of substantive criminal law in the protection of human rights and the purposes and legitimate limits of penal sanction (TOKYO, JAPAN, 10 to 24 May 1960, United Nations, New York 1960).

ويلتزم بالمبادئ التي يقررها في مجالات التجريم والعقاب والإباحة والمسئولية . كما يلتزم أيضا قانون الإجراءات الجنائية بالمبادئ الدستورية في الحقوق والحريات العامة .

وفي إطار هذا الالتزام يتحدد دور كل من المشرع الجنائي ، والقاضي الجنائي . فالمشرع يقيم التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة المتمثلة في النظام العام الجنائي . والقاضي هو الحارس للحقوق والحريات ، ويجب أن يكفل حمايتها في مواجهة مقتضيات المحاكمة .

١٢٧- دور الشرعية الدستورية في إحداث التوازن المطلوب

إذا كانت الحماية الجنائية للحقوق والحريات ، وحماية النظام العام تتم من خلال التجريم والعقاب وكانت الإجراءات الجنائية تتخذ لتمكين الدولة من اقتضاء سلطاتها في العقاب ، فإن ذلك لا يعنى التضحية بحقوق وحريات الأفراد الذين يتم تجريم أفعالهم والعقاب عليها واتخاذ الإجراءات الجنائية في مواجهتهم . ومن ناحية أخرى ، إذا كانت الحماية الجنائية للمصلحة العامة تتقرر بحسب الأصل بقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية ، فإن حماية الحقوق والحريات تتقرر بحسب الأصل بالدستور . ومن هنا كانت الشرعية الدستورية هي الضمان الأعلى لهذه الحقوق والحريات . وقد نال هذا الوضع اهتمام مؤتمر الجمعية الدولية لقانون العقوبات فجاء مؤتمرها الثاني عشر المنعقد في هامبورج سنة ١٩٧٩ فوضع عددا من القواعد التي تعتبر حدا أدنى من ضمانات المتهم ، وجاء مؤتمرها الرابع عشر المنعقد في فيينا سنة ١٩٨٩ فوضع عددا من القواعد الخاصة بالعلاقة بين تنظيم العدالة الجنائية والإجراءات الجنائية ، وجاء مؤتمرها الخامس عشر المنعقد في البرازيل سنة ١٩٩٤ فبحث حركات الإصلاح في الإجراءات الجنائية لحماية حقوق الإنسان .

وفي ضوء الشرعية الدستورية يجب أن يحدث التوازن بين الهدف الأول من واره التجريم والعقاب ومباشرة الإجراءات الجنائية والمتمثل في حماية المصلحة العامة ، وهذا الهدف الثاني المتمثل في ضمان الحقوق والحريات . وبغير هذا التوازن ، يفقد التجريم والعقاب ، والإجراءات الجنائية المصدقية والفاعلية في الدولة القانونية . ولهذا يجب أن

يتجاوب التجريم والعقاب وكذا مباشرة الإجراءات الجنائية مع مقتضيات حماية الحقوق والحريات في جميع صورها وأشكالها . وبدون هذه الحماية يكون التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية أداة بطش وتحكم ، فتفقد الحقوق والحريات معناها وجدواها .

وتتجلى أهمية ضمان الحقوق والحريات في أن النظام العام يقتضى تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب . فالتجريم يمس حرية الفرد في مباشرة أنواع معينة من السلوك لأنه يخضعه لضوابط اجتماعية معينة ، هذا بالإضافة إلى العقاب ، فإنه يمس الحرية الشخصية للفرد .

وفي هذا الصدد قد يتعرض الفرد لمخاطر التجريم إذا ما تعرض للنوايا أو امتد إلى الحالة النفسية للنشاط الإنساني ، أو ظهرت نصوصه غامضة أو غير دقيقة ، أو امتد التجريم بأثر رجعي إلى وقائع سابقة على نصوص التجريم ، أو تقررت مسؤولية الشخص عن جريمة لم يسهم في ارتكابها ، أو إذا قضى عليه بعقوبة عن فعل لم يقارفه ، أو جاءت العقوبة قاسية أو مهينة ، أو غير متناسبة مع جرمه .

ولا يقتصر المساس بالحرية على مخاطر التجريم والعقاب ، ولكنه يمتد أيضا إلى النظام الإجرائي الجنائي ، وذلك من خلال إجراءات الخصومة الجنائية التي تباشرها الدولة بعد وقوع الجريمة من أجل كشف الحقيقة وإقرار حقها في العقاب ، وإجراءات التنفيذ العقابي بعد إقرار حق الدولة في العقاب .

وهكذا يتضح أن النظام الجنائي بأسره (العقابي والإجرائي) يعرض بطبيعته الحريات للخطر ، سواء عندما تباشر الدولة سلطاتها في التجريم والعقاب أو عند مباشرة الخصومة الجنائية والتنفيذ العقابي . وخشية التحكم في مباشرة هذه السلطات وتجاوزها القدر الضروري للدفاع عن المجتمع ، تحتم توفير الضمانات للفرد لحماية حريته من خطر التحكم وتجاوز السلطة . وهذا هو ما يجب أن يتكفل به النظام القانوني من خلال علاقة التناسب التي يحدثها داخل القاعدة القانونية أو بين مختلف القواعد القانونية في النظام القانوني .

ويتوقف هذا التناسب على مدى ما يتمتع به الفرد من حرية . ففي نظر الفكر

التسلطى الذى يعطى للدولة جميع الحقوق والسلطات ويتجاهل قيمة الفرد فى المجتمع لا مجال للحديث عن حرية الفرد . وهذا بخلاف الفكر الحر الذى يعطى للفرد مكانته فى المجتمع ويوجب احترام جوهر حرته .

والواقع من الأمر أن الدولة القانونية بحكم وظيفتها عليها أن تحمى جميع المصالح القانونية ، وهى ليست قاصرة على الدولة وحدها بل إنها تشمل أيضا حقوق الفرد ، فالحقوق والحريات يجب أن يحميها القانون ، ولا يجوز إهدارها بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع ، بل يتعين التوفيق بين المصلحتين فى إطار العلاقات الاجتماعية التى تحكم المجتمع . وقد عنى الدستور المصرى ضمانا لحماية الحقوق والحريات بأن ينص فى المادة ٥٧ منه على أن الاعتداء على هذه الحقوق والحريات جريمة لا تسقط دعواها الجنائية ولا المدنية بالتقادم ، وأن تكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء .

على أن النظم الديكتاتورية لم تعرف هذه النظرة ، فقد أعطت الأولوية لتحقيق مصلحة الدولة وفقاً لنظام ثابت ومستقر . وقد تطلب ذلك التسليم بمبدأ تفوق الدولة عوضاً عن مبدأ التناسب ، وهو ما لا يمكن إقراره إلا باستعمال القوة أو العنف . ولهذا اهتمت هذه الدولة بإعادة ترتيب نظامها الجنائى الإجرائى من أجل تقوية سلطة الدولة فى المحاكمات الجنائية وتجريد الفرد من ضمانات حرته ^(١) ، فأصبح قانون الإجراءات الجنائية فى هذه النظم أداة للسلطة وليس أداة لتنظيم الحرية الشخصية ، فانحرفت به عن طبيعته الأصلية كمنظم للحرية الشخصية ^(٢) .

(١) جاء فى خطاب أحد زعماء النهضة الإسلامية الهندية الذى قدمه عند محاكمته أمام المحكمة الإنجليزية . «التاريخ شاهد على أنه كلما طغت القوات الحاكمة ورفعت السلاح فى وجه الحرية والحق ، كانت المحاكم آلات مسخرة بأيديها تفتك بها كيف تشاء ، وليس هذا بعجيب ، فإن المحاكم تملك قوة قضائية ، وتلك القوة يمكن استعمالها فى العدل والظلم على السواء ؛ فهى فى يد الحكومة العادلة أعظم وسيلة لإقامة العدل والحق ، ويبد الحكومات الجائرة أفضع آلة للانتقام والجور ومقاومة الحق والإصلاح . والتاريخ يدلنا على أن قاعات المحاكم كانت مسارح للفظاعة والظلم بعد ميادين القتال ، فكما أريق الدماء البرية فى ساحات الحروب ، حوكت النفوس الزكية فى إيوانات المحاكم ، فشنت وصلبت وقتلت وألقت فى غياهب السجون» .

(ثورة الهند السياسية ، خطاب أحد زعماء النهضة الإسلامية الهندية الذى قدمه عند محاكمته للمحكمة الإنجليزية ، الطبعة الأولى سنة ١٩٤١ هـ ، مطبعة المنار بمصر ، ص ٢٠) .

(٢) أ- النظام الفاشى فى إيطاليا
ظهرت الفاشية فى إيطاليا عقب الحرب العالمية الأولى . ويؤمن هذا النظام بأن إرادات الأفراد يجب أن تتجه =

= نحو هدف أسمى هو عظمة الدولة . . . فالدولة ليست مجرد أجهزة إدارية أو سلطة تحكم الاقتصاد القومى . وإنما هى سلطة تعمل على تحقيق إرادتها واحترامها فى الداخل والخارج . والقانون - فى نظر الفاشية - يأتى من الدولة ويوجد من أجل الدولة . فالدولة وحدها هى التى تعطى لإرادات الأفراد شكلها القانونى وقيمتها الروحية ، ولا تنخضع فى ذاتها لأى مبدأ . وفى ظل هذا الفكر السياسى استهدف القانون مجرد حماية مصالح الدولة متمثلة فى أجهزتها والحزب وشخصياتها الخارجية والداخلية وقيمتها الروحية وهى الجنس والأسرة .

وفى ضوء النظام الفاشى تأثر التنظيم الإجرائى بمبدأ تفوق الدولة . فلم يتمتع الفرد بضمانات الحرية ، بل أجزى القبض عليه بدون أمر قضائى . ولم يستفد المتهم بقريئة البراءة ، ولم تكفل له ضمانات الدفاع فلم يتمتع بالحق فى الصمت ، ولم يسمح له بالاتصال بمحاميه إلا بعد الانتهاء من استجوابه ، ولم ينظر إلى محاميه بوصفه وكيلا يحمى الحقوق الشخصية للمتهم ، بل بوصفه عاملا لمصالح الدولة وأن هذا الوضع سوف يحقق ضمنا المصلحة الشخصية للمتهم .

Donnedieu De Vabres; op, cit., pp. 54 à 59.

ب- النظام النازى فى ألمانيا

اتجهت النازية فى ألمانيا إلى اعتناق مبدأ سمو الدولة على الفرد . وقد علل هتلر هذا المبدأ بالمميزات التاريخية والجغرافية للدولة الألمانية وما يتميز به الجنس الألمانى من عقلية خاصة . وبينما كان موسوليني فى إيطاليا الفاشية يرى أن الدولة هى التى تخلق الأمة ، فإن هتلر فى ألمانيا النازية كان يرى أن الشعب هو الجوهر وأن الدولة ليست إلا شكلا خارجيا سطحيا . وعلة هذا الخلاف الأيديولوجى أن أراضى الدولة الإيطالية كانت تتمتع بحدود طبيعية تضمن وحدتها ، بخلاف الأراضى الألمانية فقد كانت تقصصها هذه الحدود الطبيعية مما جعل هتلر يشعر بضرورة تعميق الوحدة الألمانية فى الشعب والجنس الألمانى . ولهذا حلت فكرة الشعب عند النازية محل فكرة الدولة عند الفاشية . وقيل بأن النازية تركز على أساس بيولوجى هو الجنس الألمانى ، بخلاف الفاشية فإنها تركز على أساس قانونى هو الدولة .

وقد انعكس الفكر التسلطى على القانون الألمانى ، مما أدى إلى تركيزه على حماية المصالح العامة التى يحميها الشعب ممثلة فى مصالح الجنس الألمانى ، لا بوصفها مصالح مادية وإنما باعتبارها مصالح أدبية أو عقائدية للدولة .

وعندما تسلم النازيون الحكم فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٣ حلت السلطة المطلقة محل سيادة القانون كأساس للدولة . فقد كان هتلر معاديا لفكرة القانون ، فتصرف فى الشئون الداخلية للبلاد بناء على السلطة وحدها ، وكره المحامين والمحاكم ، لأنه أحس بتمسكهم بمبدأ المشروعية . وامتثلت صحف الحزب النازى بحملات الإثارة ضد بعض أفراد القضاء وضد المحاكم بوجه عام . وفقدت المحاكم استقلالها تحت ضغط الحزب إلى أن أعلن هتلر رسميا إلغاء استقلال القضاء فى خطاب ملىء بالكراهية ألقاه أمام البرلمان فى ٢٦ إبريل سنة ١٩٤٢ ، ووسع هتلر من سلطة البوليس ، فأعطاه بدا مطلقة فى العمل ضد (أعداء الدولة) . ومارس رجال البوليس وسائل التعذيب لإكراه المتهمين على الاعتراف . وقبضوا على المواطنين وزجوا بالألوف ومئات الألوف منهم فى المعتقلات بدون محاكمة ، وعلى نحو لا يمكن الوصول إليهم أو حمايتهم بواسطة القضاء ، ونشط البوليس السرى ضد المحكوم ببراءتهم ، بل كان لا يتورع عن القبض على المتهمين فى المحكمة نفسها بعد سماعهم بالحكم ببراءتهم ، ثم اعتقالهم فترة غير محدودة ومعاملتهم أثناء الاعتقال أقسى المعاملة .

وفي مجال القضاء أنشئت محاكم خاصة للجرائم السياسية تعمل وفقا لإجراءات مختصرة وتصدر أحكاما غير قابلة للطعن. ولكن هتلر لم يرض عن بعض أحكام هذه المحاكم، فأنشأ محاكم بوليسية لبعض الجرائم تقضى وفقا لإجراءات تحكيمية.

أما جرائم الخيانة فكانت تنظرها (محاكم الشعب) في برلين برئاسة (Freisler) وهو شيوعي قديم استعد لتحطيم القانون خدمة لمصالح الحزب، وكانت هذه المحاكم تقضى وفقا لقانون عقوبات بالغ القسوة. كما ألغيت معظم الضمانات الإجرائية بحجة تبسيط الإجراءات الجنائية. وعهد هتلر إلى إلغاء اشتراك القضاة الشعبيين Lay - Judges بقرار من مجلس الدفاع عن الرايخ. وكان هؤلاء القضاة هم الضمان الوحيد لاستقلال القضاء بعد أن ألغى استقلال القضاة المهنيين. كما أصبح من سلطة المحكمة حرية رفض طلبات المتهم لتحقيق دفاعه، حتى لا تتقيد المحكمة بالقواعد الدقيقة التي أرستها المحكمة الفيدرالية العليا. وضيق طرق الطعن في الأحكام وألغيت تماما في المحاكم الخاصة. وأصبح مكتب الادعاء وحده يملك حق الطعن غير العادى في الأحكام النهائية. ولم يقتصر حد العبث بسيادة القانون على ما وصل إليه من امتهان، بعد تحطيم استقلال القضاء وإلغاء الضمانات، بل تجاوز الأمر ذلك، فألغيت المبادئ القانونية التي كانت تحكم إجراءات المحاكم وذلك بواسطة تدابير أصدرتها الحكومة المتسلطة بهدف إلغاء الحقيقة والعدالة معا، وذلك من تطوير سلطات البوليس التي لم تكن تخضع لأدنى رقابة قضائية، والتوسع في نقل اختصاص المحاكم من القضاء التقليدي إلى القضاء الاستثنائي متمثلا في محكمة الشعب ومحاكم البوليس ومحاكم الحزب. ووفقا لما تجرى عليه الدول السلطوية أصبح الموالون للنظام النازي قضاة في المحاكم العليا أو الدنيا عن طريق اختيارهم وفقا لمصالح الحزب.

وقد أدى هذا الانهيار إلى نتائج مؤسفة في الإدارة القضائية، فضعفت مقاومة القضاة لمظاهر إنكار العدالة واقتصر الأمر على مقاومة مقتعة مستترة لم يستطع هتلر الوقوف أمامها. وقد كان يتمنى لو ووجه بمقاومة علنية بواسطة عدد كبير من القضاة حتى يجد مبررا في إلغاء نظام القضاء بأسره وإحلال سلطة البوليس ومحاكم الحزب محله كله لكي يحقق أهدافه السياسية. ولهذا، فإن روح القضاء ظلت باقية خلال أعوام الرعب النازي في الفترة ما بين ١٩٤٣ - ١٩٤٥ وبقيت حية تلك التقاليد القانونية العريقة التي أرساها رجال القانون الألمان منذ عصر النهضة وتطوره في القرن التاسع عشر.

The German Cod of Criminal procedure, introduction by EBERHARD SHMIDT (fred B. Rothman and Co, south Hackensack N.J., Sweet and Maxwell limited) London, 1965, p. 9.

جـ- النظام الشيوعي

«القانون هو تدبير سياسى، إنه سياسة» هذه الكلمات بلور لينين في سنة ١٩١٦ تفكيره عن النظام القانونية. وأصبح على القضاة بعد الثورة الروسية أن يرجعوا إلى هذه الكلمات لتبرير التدابير التي تمليها مشاعرهم حتى ولو لم يوجد نص قانوني يبرر هذه التدابير. وبدأت مرحلة الرعب الأحمر منذ سنة ١٩١٧ وصار القضاة يتصرفون كيفما شاءوا. وعلى أثر الحرب الأهلية سنتى ١٩١٩، ١٩٢٠ أصبح واضحا أن الإصلاح الاقتصادي لا يمكن تحقيقه بدون الأخذ بشكل من الرأسمالية الموجهة. ولذلك بدأ لينين في استراتيجية التراجع. وكان أحد أجزائها هو التقيد إلى حد كبير بقواعد النظام العام.

JOHNN. HAZARD. ISAAC SHAPIRO and PETTER B. magge; The Soviet legal system = oceana publications, Inc. Dobbs ferry, New York, 1969, pp. 5 and 6.

= ولذلك وضعت هذه القواعد القانونية في عام ١٩٢٢ والتزم القضاء بالتقيد بها . إلا أن هذا التقيد لم يحل دون منح القضاء سلطة واسعة في مجال القانون الجنائي وهو القياس على التجريم . ووفقا لذلك ، كان للقاضي الذي يقدر توافر الخطورة الاجتماعية لدى أحد الأشخاص أن يحكم عليه بالعقوبة ولو لم تصدر منه أية مخالفة لنص معين من نصوص قانون العقوبات . وقد وضع في سنة ١٩٢٣ قانون للإجراءات الجنائية تضمن كثيرا من الأفكار التسلطية . ويبدو ذلك في إنكار حق الصمت على المتهم ، والسماح باتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية سرا ضد المشتبه في معارضتهم السياسية للنظام ، وحرمان المتهم من ضمانات حريته ومنح رجال الأمن سلطات واسعة في القبض والتحقيق .

HARLOD J. BERMAN; Soviet criminal law and procedure, 2e edition, Cambridge., Massachusetts, 1972, p. 48.

وقد تم كل ذلك في إطار ما يسمى بمرحلة الشرعية الثورية . ولم تدخل فكرة (حقوق المتهم) في التشريع السوفيتي إلا منذ سنة ١٩٥٨ إذ تضمنتها مجموعة المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية ، ثم وردت في قانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٦٠ الذي عني بتحديد هذه الحقوق . وقد لوحظ أن هذا القانون الأخير قد تضمن كثيرا من التفاصيل التي أغفلت الإشارة إليها قوانين دول أوروبا الغربية ، اكتفاء بإيضاحها في كتب الفقه وأحكام القضاء . وقد عزا البعض اهتمام القانون السوفيتي الصادر سنة ١٩٦٠ بذكر هذه التفاصيل إلى أن رجال القانون السوفيت قد تعلموا دروسا مهمة من الخبرة المرة ، وأنهم فكروا في وضع هذه الدروس في وثيقة تعكس في الغالب كل موضوع يتعلق بالقضاء الجنائي مما يواجه الإنسان المعاصر ، وأن هذه النصوص جاءت ضد خلفية أعوام التعسف والرعب .

HARLOD J. BERMAN., op. cit., p. 66. SCREVEN; Droit pénal Comparé, Bruxelles, fasc. 2, pp. 94 - 109.

ويمكن القول بوجه عام إنه مما ساعد على أزمة قانون الإجراءات الجنائية في الاتحاد السوفيتي (سابقا) أن نظرية القانون في روسيا تعتبر القانون أداة سياسية وسلاحا في يد الدولة الاشتراكية . ولا قيمة للقانون إلا كأداة لتحقيق الشرعية الاشتراكية . وفي المرحلة الثورية لهذه الشرعية والتي كانت ترمي إلى مجرد تأكيد سلطة الدولة ، فرضت القيود على الحريات ، وأجيز تجاهل احترام القانون إذا ثبت عجزه عن تحقيق غايته . ولما استتب نظام الدولة وتطور مضمون الشرعية الاشتراكية ولم تعد الدولة مجرد أداة لإحدى الطبقات ، بدأ العمل في احترام الحريات في الإطار الذي تسمح به طبيعة النظام الماركسي المعمول به في الاتحاد السوفيتي (سابقا) .

د- النظام العنصري

يعتمد النظام العنصري *Système de l'apartheid* على فكرة (الاختلاف بسبب عدم المساواة) . وفي إفريقيا كانت تتمتع الأقلية البيضاء بـ ٨٧٪ من مساحة الأرض ، وهي التي تبلغ ١٨٪ من مجموع السكان . وكان يقطن معظم الإفريقيين معهم في هذه المساحة ولكن لا يحق لهم تملك أي قطعة من الأرض . وكان الأشخاص ينقسمون وفقا لعناصيرهم وطبقاتهم الاجتماعية . ويوجد حاجز عضوي يفصل بين أعضاء الأجناس المختلفة في السيارات العامة والسكك الحديدية والحدائق ودور السينما والمسرح والمراحيض والشواطئ والنوادي والمقاهي والمطاعم والفنادق ومكاتب البريد وغير ذلك . وقد انعكس هذا التمييز العنصري في نظام الإجراءات الجنائية ، فالسلطة الحاكمة بها تملك من أدوات القهر والتسلط جعلت قانون الإجراءات الجنائية أداة لخدمتها وتحقيق أهدافها على حساب الحريات فانتهكت =

١٢٨ - اقتضاء حق الدولة في العقاب

نصت المادة ٦٦/٢ من الدستور على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي. وبناء على ذلك فإن حق الدولة في العقاب يظل في دائرة السكون حتى تأتي الإجراءات تنتقله إلى مرحلة التطبيق، مما أدى بالبعض إلى اعتبار قانون الإجراءات أكثر تفوقاً. والواقع أن كلا من القانون الموضوعي والقانون الإجرائي يعتبر مكملًا للآخر^(١).

فقانون الإجراءات الجنائية يرتبط مع قانون العقوبات ارتباطاً لازماً وثيقاً بحيث يعتبر كل من القانونين بالنسبة إلى الآخر وجهاً لعملة واحدة. فالإجراءات الجنائية هي الوسيلة الضرورية لتطبيق قانون العقوبات ونقله من حالة السكون إلى حالة الحركة.

وهذه الإجراءات هي التي تكشف عن مدى الاتحاد بين الجزء الخاص بالتجريم والجزء الخاص بالعقاب في قواعد العقوبات، لأنها تبحث في مدى توافر شروط التجريم من أجل تطبيق العقاب. فالإجراءات الجنائية على هذا النحو هي الوجه العملي لاتحاد شقى التجريم والعقاب في القاعدة العقابية. وهي المحرك الفعال لقانون العقوبات لكي ينتقل من دائرة التجريد إلى دائرة التطبيق العملي^(٢).

ومن هنا تبدو الأهمية البالغة لقانون الإجراءات الجنائية في تطبيق قانون العقوبات. فمهما نجح المشرع في وضع قانون العقوبات وحماية المصلحة العامة في هذا القانون، فإن هذا النجاح يظل محصوراً في دائرة نظرية ضيقة ما لم يكفل المشرع تنظيمياً إجرائياً فعالاً يكفل تحقيق هذه الحماية ويضمن تحقيق الهدف من العقاب، ولهذا قيل بأن من يتقن وضع قانون العقوبات ثم يترك قانون الإجراءات الجنائية بدون إتقان كمن يبنى قصرًا في الهواء^(٣).

= الحقوق والحريات بالنسبة إلى جميع السكان؛ البيض والإفريقيين سواء بسواء. وكانت جنوب إفريقيا من أولى الدول البوليسية في العالم لأنها ترفض الاعتراف لمعظم سكانها بأبسط الحقوق «الأساسية» للإنسان. *Atteintes portées à la déclaration universelle des droits de l'homme en Afrique du Sud, un étude de la commission internationale de juristes; objectif; justices, vol. 5, No. 4, 1973, p. 11.*

(١) S. DANDO; Japanese Criminal procedure, (Translated by B.J. George), Fred B. Rothman and co. Soyth Hackenasck, N. J., 1960, p.24.

(٢) Merle et Vitu; Traité de droit criminel, 2 éme éd. Paris, 1973, T.2, No. 173, pp. 226 et 227.

DANDO, ibid. p. 24.

(٣)

وينهض قانون الإجراءات الجنائية بمهمة تحديد التنظيم الإجرائي ضمانا لتحقيق المصلحة الاجتماعية (وهي مصلحة عامة) في جميع أشكالها سواء تلك التي تهم المجتمع بأسره أو تلك التي تهم أعضاء المجتمع بصفقتهم الفردية .

ولا تتأثر هذه المصلحة كثيرا إذا كان قانون المرافعات المدنية والتجارية مشوبا بعيوب تعطل من فعاليته ، بعكس الحال في قانون الإجراءات الجنائية ، فإن عدم فعالية هذا القانون يؤدي إلى تعطيل أو إضعاف الحماية التي يكفلها قانون العقوبات للمصالح الاجتماعية المختلفة . وعلة ذلك أن المصالح الخاصة المدنية والتجارية يمكن حمايتها من غير الطريق الإجرائي الذي رسمه القانون ، بخلاف الحال في المصالح الاجتماعية التي يحميها قانون عقوبات . هذا فضلا عما يتمتع به هذا النوع الثاني من المصالح من أهمية تفوق المصالح الخاصة المدنية والتجارية .

وقد قيل في إبراز مدى العلاقة الوثيقة بين قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية إن الأول (يخدم العدالة من خلال إدارة قانون العقوبات) وإن الثاني (يخدم العدالة في إدارة قانون العقوبات) ^(١) .

وحول العلاقة بين قانون العقوبات والإجراءات الجنائية ، فإنه إعمالا لنص المادة ٢/٦٦ من الدستور التي نصت على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، يتعين

DANDO, ibid., p. 25.

(١)

إلا أنه وعلى الرغم من تلازم قانون الإجراءات الجنائية مع قانون العقوبات فإن كلا منها يتميز بمضمونه وبخصائصه وبمنهجه الذاتي المستقل . فما هو معيار التمييز بين هذين القانونين ؟ هناك ثلاثة معايير معروضة على بساط البحث ، الأول هو مكان وجود القاعدة القانونية ، والثاني هو الهدف من القاعدة القانونية ، والثالث هو الموضوع الذي تعالجه هذه القاعدة .

أما من حيث معيار مكان وجود القاعدة القانونية فإنه ليس حاسما ، ذلك أن قانون الإجراءات الجنائية قد يحتوي على قواعد لقانون العقوبات مثل جرائم الامتناع عن الشهادة ، كما أن قانون العقوبات قد يحتوي على قواعد لقانون الإجراءات مثل الشكوى والطلب والإذن .

ولا يصلح أيضا معيار الهدف من القاعدة القانونية للتمييز بين القانونين ، لأن كلا منهما يحمي المصلحة الاجتماعية ولو كانت فردية طالما بلغت أهمية معينة في نظر المجتمع .

ولعل أفضل معيار للتمييز بين قواعد هذين القانونين ، هو موضوع كل منهما . فقانون العقوبات يحدد أنواع السلوك الذي ينهى عنه المجتمع والعقوبات المقررة جزاء اتباع هذا السلوك . هذا بينما يكفل قانون الإجراءات الجنائية تحديد الإجراءات الواجب اتباعها عند وقوع الجريمة والجهات التي يجب أن تفحصها وتفصل فيها .

لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة . فإذا ثبت أن المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة إليه ، فلا تتوفر الحقيقة التي تبرر توقيع العقاب على هذا المتهم .

ولا تملك الدولة قبل صدور حكم الإدانة ومعاقبة المحكوم عليه الالتجاء إلى التنفيذ المباشر على المتهم ولو اعترف طواعية واختياراً بواسطة أجهزتها المختصة بارتكاب الجريمة ، أو قبل برضائه العقوبة المنصوص عليها قانوناً .

وعلة ذلك أن حق الدولة في العقاب ينطوي على مساس جسيم بحرية المتهم ، وهو ما لا يمكن إقراره ولا تحديد مداه إلا بواسطة جهاز مستقل محايد هو القضاء ، بوصفه الحارس الطبيعي للحريات . ولا تقتصر أهمية هذا التدخل على كشف الحقيقة ، بل إنها تمتد كذلك إلى تحديد نطاق حق الدولة في عقاب الجاني .

وفي هذا الشأن يتوقف دور القاضي على مضمون حق الدولة في العقاب وفقاً للسياسة الجنائية التي يعتنقها القانون الوضعي .

وقد ثار البحث عما إذا كان القاضي هو الذي ينشئ حق الدولة في العقاب أم أنه يقتصر على مجرد تقريره . وقد ذهب البعض ^(١) إلى أن الحكم القضائي لا يقتصر دوره على مجرد تقرير هذا الحق بل هو الذي ينشئه . ويساند هذا الرأي مبدأ (لا عقوبة بغير حكم قضائي) ، وإلى أن نشوء حق الدولة في العقاب قبل صدور الحكم لا يتفق مع ما قد تنتهي إليه الدعوى الجنائية من الحكم ببراءة المتهم . وهو رأى مردود بأن الحكم بالإدانة كاشف لحق الدولة في عقاب المحكوم عليه . واشترط صدور الحكم القضائي هو ضمان دستوري لهذا الكشف حماية لحقوق المتهم وحياته .

= وعلى الرغم من التمييز العضوي بين القانونين ، فإن أثر قانون الإجراءات في تطبيق قانون العقوبات يبدو واضحاً كما أسلفنا - لأنه يرسم الوسائل اللازمة لتطبيقه وأكثر من هذا ، فإن قانون الإجراءات - يكمل قانون العقوبات لأنه يرسم حدود سلطة القاضي في القضاء بما ينص عليه هذا القانون بالإضافة إلى ما يحدده من قوة الأمر المقتضى للحكم الجنائي إذا توافرت شروط معينة ، مهما كان هذا الحكم مشوباً بالخطأ في تطبيق قانون العقوبات . ففي هذه الحالة يؤثر قانون الإجراءات في النطاق الفعلي لتطبيق هذا القانون .

DELOGU La loi pénale et son application, Le Caire, Tome 1, 1956 - 1957, pp. 149 et (١) 155.

الفصل الثانى

قانون العقوبات والحقوق والحريات

١٢٩-نشأته

يهتم قانون العقوبات بمعالجة كل النواحي الأساسية التى يلزم مراعاتها لحسن سير الحياة الاجتماعية . وبينما تهتم سائر القوانين بتنظيم مجالات معينة من هذه الحياة، كالعلاقات المدنية التى يتكفل بها القانون المدنى، والعلاقات التجارية التى يتكفل بها القانون التجارى، نجد أن قانون العقوبات يتسع مجاله للحياة الاجتماعية بأسرها .

ومن ناحية أخرى، فإن قانون العقوبات يهدف إلى حماية المجتمع على نحو يضمن ممارسة المواطنين لحقوقهم وحرياتهم بصورة آمنة، فضلا عن حماية المصلحة العامة وهو في مجال تأكيد هذه الحماية يعبر أصدق تعبير عن القيم التى يؤمن بها المجتمع فيما يتعلق بالحقوق والحريات والواجبات العامة التى يكفلها النظام القانونى للأفراد .

ويتميز قانون العقوبات عن سائر فروع القانون فى أسلوبه فى تقرير الحماية الاجتماعية للحقوق والحريات والواجبات العامة بتجريم المساس بهذه الحقوق والحريات والواجبات والتعبير عن هذا التجريم بعقوبات معينة يتعرض لها من يرتكب الأفعال المخالفة للقانون .

وفى ضوء ذلك يتبين أن الحقوق والحريات تنال أهمية فى قانون العقوبات من عدة زوايا :

(الزاوية الأولى): هى زاوية التجريم حيث يكفل هذا القانون الحماية الجنائية لهذه الحقوق والحريات من خلال إضفاء وصف التجريم على الأفعال التى تنال من هذه الحقوق والحريات، وهو ما نسميه بالحماية الجنائية . وتبدو ظاهرة جلية فى القسم الخاص من قانون العقوبات .

(الزاوية الثانية): هى زاوية الإباحة، حيث يكفل هذا القانون حماية الحقوق والحريات، فلا يجوز إضفاء التجريم على أى ممارسة لها فى الحدود التى يقرها القانون. فالتمتع بهذه الحقوق وممارستها يكفله قانون العقوبات على الوجه الأكمل. ولا يجوز أن تمتد إلى ممارستها يد التجريم. فمثلا، إن كافة الحقوق والحريات المكفولة مثل حق التعبير وحق مخاطبة السلطات العامة وحق الدفاع والواجبات العامة، لا يمكن أن تكون ممارستها موضعاً لأى تجريم مهما كان نوعه، ولهذا تعتبر ممارسة هذه الحقوق والحريات أسباباً أصلية للإباحة، طالما أن ممارستها تتم فى إطار المشروعية الكاملة. ولئن كانت أسباب الإباحة تتسع لكل حق قرره القانون وإن لم يكفله الدستور، إلا أن الحقوق والحريات التى تنال فى ذاتها قيمة دستورية لا تحتاج إلى نص فى التشريع، وتعتبر ممارستها عملاً مشروعاً بصفة أصلية تطبيقاً لسيادة الدستور على سائر القواعد القانونية.

(الزاوية الثالثة): وتعلق بنطاق التجريم والعقاب، والمسئولية الجنائية، فلا يجوز أن يمتد التجريم أو تقرير المسئولية الجنائية أو العقاب إلى المساس بأى حق أو حرية مما كفله الدستور. ومن خلال هذه الزاوية تتحدد الأحكام العامة لقانون العقوبات فيما يتعلق بالجرائم والعقوبات والمسئولية الجنائية فى نطاق الحقوق والحريات التى تتمتع بالشرعية الدستورية.

١٣٠ - التمييز بين الحماية الجنائية للحقوق والحريات وحمايتها الدستورية

من الواضح أن الحماية الجنائية للحقوق والحريات هى من أعمال المشرع العادى واضع قانون العقوبات. إلا أن حركة المشرع فى هذه الحماية تخضع لأحكام الدستور. ومع ذلك، فقد يوجه الدستور المشرع لتجريم بعض الأفعال، كما هو الحال فى المادة ٥٧ من الدستور التى نصت على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم. وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٢ من الدستور المصرى التى نصت على أن تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين

المختصين جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة. وهاتان المادتان ليستا كافيتين لتجريم الفعل المنصوص عليه في كل منهما، ما لم يتدخل المشرع العادى بفرض العقوبة جزاء لهذا الفعل. وهنا يكون تدخل المشرع العقابى بناء على تكليف من الدستور.

وخلافا للحماية الجنائية التى تقع أصلا على عاتق المشرع العادى، فإن الحماية الدستورية للحقوق والحريات يتكفل بها الدستور. وتتحدد الشرعية الدستورية لهذه الحقوق بما ينص عليه الدستور مباشرة، أو بطريق غير مباشر على النحو الذى حددناه فيما سبق في الجزء الأول من هذا الكتاب.

١٣١- الشرعية الدستورية وقانون العقوبات

تكفل الشرعية الدستورية وضع مبادئ تتعلق بالحقوق والحريات تدخل في دائرة اهتمام قانون العقوبات في أداء وظيفته الجزائية حماية لهذه الحقوق^(١). ويلاحظ أن الشرعية الدستورية تؤثر في قانون العقوبات في ثلاثة محاور، هي:

(١) القانون الدستورى كعامل في تحديد شرعية الجرائم والعقوبات، حيث يحدد أداة التجريم والعقاب من خلال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (المادة ٦٦/٢) وما يترتب عليه من ضرورة توافر صفات خاصة في نصوص التجريم والعقاب، والتفسير الدقيق للنصوص الجنائية، ونطاق تطبيق قانون العقوبات (عدم رجعية قانون العقوبات، ورجعية القانون الأصلح للمتهم)، والضرورة والتناسب كمعيار للتجريم والعقاب.

(٢) القانون الدستورى كعامل في توجيه قانون العقوبات، حيث يسهم الدستور من خلال الحقوق والحريات التى يكفلها والمقومات الأساسية للمجتمع (الباب الثانى من الدستور المصرى) في تحديد محل الحماية الجنائية. كذلك يسهم الدستور في تحديد نطاق قانون العقوبات من حيث تحديد الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الانتخاب، ويحدد جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام (المادة ٧٢ من الدستور)، وجريمة الاعتداء

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، الدستور والقانون الجنائى طبعة ١٩٩٢.

على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور (المادة ٥٧ من الدستور) وكذلك تحديد الجرائم التي تقع من الوزير أثناء تأدية وظيفته أو بسببها (المادة ١٥٩ / ١ من الدستور) وتحديد الجرائم التي يمكن أن يؤاخذ عنها أعضاء مجلس الشعب حيث لا يؤاخذهم عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه (المادة ٩٨ من الدستور) كما يسهم القانون الدستوري في تحديد العفو عن العقوبة أو تخفيفها حيث يميز ذلك لرئيس الجمهورية، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون (المادة ١٤٩) على قانون العقوبات مراعاة ما نص عليه الدستور من أن العقوبة شخصية .

١٣٢ - التمييز بين الدائرة الدستورية والدائرة التقديرية في قانون العقوبات

يحكم قانون العقوبات نوعان من المبادئ الدستورية ؛ الأول عام يحكم سائر فروع القانون، والثاني خاص بقانون العقوبات وحده . وتشكل هذه المبادئ بنوعها الدائرة الدستورية في قانون العقوبات . وبجانب هذه الدائرة توجد مبادئ أخرى يضعها المشرع في إطار سلطته التقديرية، وتشكل الدائرة التقديرية في قانون العقوبات .

وتخضع الدائرة الدستورية في قانون العقوبات لرقابة المحكمة الدستورية العليا . وفي هذا الصدد قالت هذه المحكمة إن دستورية النصوص الجنائية تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير حادة تلتزم مع طبيعتها ولا تزاخمها في تطبيقها ما سواها من القواعد القانونية، فقد أعلى الدستور قدر الحرية الشخصية، فاعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة في النفس البشرية، الغائرة في أعماقها، والتي لا يمكن فصلها عنها، ومنحها بذلك الرعاية الأوفى والأشمل تأكيداً لقيمتها، وبما لا إخلال فيه بالحقوق وتنظيمها، وبمراعاة أن القوانين الجنائية قد تفرض على هذه الحرية - بطريق مباشر أو غير مباشر - أخطر القيود وأبلغها أثراً . وكان لازماً بالتالي ألا يكون النص العقابي محملاً بأكثر من معنى، مرهقاً بأغلال تعدد تأويلاته، مرناً مترامياً على ضوء الصيغة التي أفرغ فيها، متغولاً - من خلال انفلات عباراته - حقوقاً أرساها الدستور، مقتحماً ضماناتها،

عاصفا بها ، حاثلا دون تنفسها بغير عائق ، ويتعين بالتالى أن يكون إنفاذ القيود التى تفرضها القوانين الجنائية على الحرية الشخصية ، رهناً بمشروعيتها الدستورية^(١).

أما الدائرة التقديرية فى قانون العقوبات ، فإنها تضيق فى القسم العام من قانون العقوبات حيث يخضع فى الجزء الأعم من نصوصه للأسس الدستورية ، وتتسع فى قسمه الخاص فتحكمها اعتبارات السياسة الجنائية التى يتبناها المشرع ورؤيته للضرورة والتناسب كأساس للتجريم فى نطاق نظام الحماية الدستورية القائم على التوازن بين الحقوق والحرىات والمصلحة العامة . ولا تخضع هذه الدائرة لرقابة المحكمة الدستورية العليا لأنها تصدر فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع فى مجال تنظيم الحقوق ما لم تخالف بها أهداف الدستور . وتستجلى المحكمة الدستورية هذه المخالفة ، إذا كانت صارخة واضحة ، كما إذا تم التجريم والعقاب ، بغير ضرورة أو تناسب بصورة واضحة لا يحتاج استخلاصها إلى إعادة تقدير ، كما سنبين فيما بعد .

T. Renoux; le conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, collection droit public positif, (١) éd. Economica, 1984, p. 527 - 531.

الفصل الثالث

قانون الإجراءات الجنائية والحقوق والحريات

١٣٣- المركز القانوني للحقوق والحريات في الإجراءات الجنائية

يعتبر قانون الإجراءات الجنائية أهم المجالات الحساسة لقضية الحقوق والحريات، فالمساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم والعقاب لا يتجلى من الناحية الفعلية إلا من خلال الإجراءات الجنائية، لأنها بطبيعتها قد تمس أحد هذه الحقوق أو الحريات. فما هي الضمانات التي يجب توفيرها لضمان حمايتها في إطار التوازن بينها وبين المصلحة العامة؟

تمر الإجراءات بمرحلتين إحداهما سابقة للمحاكمة والأخرى تجرى أثناء المحاكمة. وفي كل من هاتين المرحلتين تتعرض حرية المتهم لأخطار عدة منها القبض والتفتيش والاستجواب والحبس الاحتياطي وضبط الأشياء، ومراقبة الرسائل والمحادثات الشخصية. وتباشر هذه الإجراءات سلطات عدة تبدأ من سلطة الضبط القضائي إلى سلطة التحقيق (النيابة العامة بحسب الأصل)، والمحكمة. وتختلف حقوق كل من هذه السلطات في المساس بحرية المتهم في إطار ما تباشره قانوناً من إجراءات جنائية.

ومن هنا يتضح أن المركز القانوني للحقوق والحريات في الإجراءات الجنائية يتحدد وفقاً لمحورين: (الأول): هو المرحلة التي تتم فيها مباشرة الإجراءات الجنائية. (الثاني): طبيعة السلطة التي تقوم بالإجراء الجنائي.

ولما كانت الإجراءات الجنائية (في الخصومة الجنائية) لا تتم من جانب واحد هو السلطة سواء كانت سلطة الضبط القضائي، أو سلطة التحقيق، أو سلطة الحكم، وإنما تتم أيضاً من جانب المتهم، فإن هذا الأخير يملك الحق في اتخاذ إجراءات الدفاع عنها. وكل هذه الإجراءات بطبيعة الحال تهدف إلى كفالة حقوقه وحرياته في مواجهة القائمين على اتخاذ الإجراءات في مواجهته.

وفى ضوء كل ذلك يؤدى قانون الإجراءات الجنائية دوره فى حماية الحقوق والحريات .
فما هو نطاق هذا الدور؟

١٣٤- نطاق الحقوق والحريات فى قانون الإجراءات الجنائية

لا ينهض قانون الإجراءات الجنائية بمجرد وضع التنظيم القضائى لاستعمال حق الدولة فى العقاب ، لأن الإجراءات التى ينظمها ليست مجرد وسائل فنية بحثية ، بل هى أعمال تمس الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات عند مباشرتها فى مواجهة المتهم . فالإجراءات الجنائية بكل ما تحمله من معانى الاتهام ، وبكل ما تستهدفه من جمع الأدلة لكشف الحقيقة تمس حرية المتهم أو تعرضها للخطر . ولهذا فإن قانون الإجراءات الجنائية فى دولة ما هو الصورة الدقيقة للحريات فى هذا البلد . فإذا استهدف التنظيم الإجرائى تحقيق مصلحة الدولة فى الكشف عن الحقيقة لإقرار حقها فى العقاب ، مضحيا بالحرية الشخصية للمتهم ، فإن مصلحة الدولة تكون قد بلغت ذروتها فى التفوق على مصالح الأفراد . وهو ما يتحقق فى النظم التسلطية التى ساد فيها مبدأ تفوق الدولة . هذا بخلاف الحال فى النظم الديمقراطية الحرة ، فإن التنظيم الإجرائى يضمن حرية المتهم ويوازن بينها وبين مصلحة الفرد . وهو فى جميع الأحوال يتأثر بالنظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى تحكم شكل الدولة وعلاقة الفرد بها^(١) . ومن هذه الزاوية يعتبر قانون الإجراءات الجنائية من القوانين المنظمة للحريات . ولذلك يتعرض هذا القانون لأزمة شديدة كلما تعرضت الحريات فى الدولة للأزمات . وقد ظهر ذلك على أثر الحرب العالمية الأولى واندلاع الأزمة الاقتصادية التى ظهرت بوادرها قبل هذه الحرب . فقد بدأ التفكير فى التجمعات الشعبية ، وانتشرت ظاهرة النقابات إيماناً بأن الفرد لا يمكنه الحصول على الحد الأدنى من الحماية إلا إذا انضم إلى جماعة معينة . كما تكونت الجبهات الشعبية وظهرت الديكتاتوريات فى إيطاليا وألمانيا والاتحاد السوفيتى (سابقا) لتقوية المجتمع والحيلولة دون ظهور النظام الملكى^(٢) .

(١) محمد مصطفى القللى ، أصول قانون تحقيق الجنايات ، سنة ١٩٥٤ ص ٧ .

BEREND; L'influence de l'organisation de l'Etat sur le droit pénal; Rev. inter dr. pén. (٢)
1994, p. 23 - 31.

١٣٥- تطور حماية الحقوق والحريات في قانون الإجراءات الجنائية المصرى

تطور قانون الإجراءات في مصر في ضوء تطور حماية الحقوق والحريات . فقد كان أول قانون للإجراءات الجنائية في مصر هو قانون تحقيق الجنايات المختلط الصادر في عام ١٨٧٥ عند إنشاء المحاكم المختلطة في هذا العام، وقد شاب هذا القانون عيب الامتيازات الأجنبية التي أعطت للأجانب في بلادنا وضعا يسمو على الوطنى . وفي عام ١٨٨٣ صدر قانون تحقيق الجنايات الأهلى للقضاء في ظل ما كان يشوب التحقيق والمحاكمة في ذلك الوقت من عسف وظلم صارخ ، غير أن السلطات القائمة على تنفيذه لم تسمح بالاستمرار في تطبيقه ، بحجة أن الأشرار قد أساءوا فهم الحريات التي منحها إياهم القانون الجديد وعاثوا في البلاد فسادا^(١) . وقد تعللت بهذا التبرير فعملت تطبيق القانون بما احتواه من ضمانات ، بأن أصدرت في ٢٤ أكتوبر في سنة ١٨٨٤ فيما يتعلق بالوجه البحرى وفي إبريل في سنة ١٨٨٥ فيما يتعلق بالوجه القبلى ذكريتو يقضى بنقل اختصاص الفصل في الجرائم التى من شأنها الإخلال بالأمن أو تهديد الأملاك إلى لجان سميت باسم لجان أو قومسيونات الأشقياء ، وهى مشكلة من رئيس يعينه مجلس الوزراء ومن مدير المديرية ورئيس النيابة واثنتين من قضاة المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف ، وكانت هذه اللجان تتولى التحقيق والفصل في القضايا غير مقيدة بالقواعد وبالإجراءات التى كان ينص عليها قانون تحقيق الجنايات . وقد كان هذا التحكم إيذانا بالافتئات على الحريات وإهدار الحقوق الأساسية للأفراد ، فأسرفت تلك اللجان في القسوة بقصد الإرهاب ، وانتهكت حقوق الدفاع ولم تتورع عن اللجوء إلى التعذيب في أثناء التحقيق ، واكتفت في الإدانة بمجرد الشبهات ، وظلت الحال كثيبة قائمة على هذا النحو حتى ألغيت هذه اللجان في سنة ١٨٨٩ .

ورأى المشرع المصرى إصلاح قانون تحقيق الجنايات فصدر قانون جديد في عام ١٩٠٤ راعى فيه احترام الضمانات في حدود معينة .

وفي سنة ١٩٣٧ على إثر إبرام معاهدة مونتريه بإلغاء الامتيازات الأجنبية في مصر ، أصبحت المحاكم المختلطة مختصة بمحاكمة الأجانب في المواد الجنائية في فترة الانتقال

DONNEDIEU VABRES; La politique des états autoritaires, Sirey, 1938, pp. 6 et 7. (١)

مما أدى إلى إصدار قانون جديد في سنة ١٩٣٧ لتحقيق الجنايات المختلط للعمل به أمام المحاكم المختلطة في هذه الفترة، إلا أن ازدواج القضاء الجنائي في مصر على هذا النحو، والتميز بين المصريين والأجانب في بلد واحد لمصلحة الأجانب كانا مثارا للتفكير في العمل على توحيد القانونين الأهلى والمختلط . ولذلك قرر مجلس الوزراء في ١٣ مارس في سنة ١٩٤٠ تشكيل لجنة لتوحيد هذين القانونين ، وقد وضعت اللجنة مشروعا كاملا في سنة ١٩٤٥ لم يقدر له الظهور إلا بعد انتهاء فترة الانتقال للإلغاء الامتيازات الأجنبية التى انقضت سنة ١٩٤٩ ، فصدر القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ يحمل اسم «قانون الإجراءات الجنائية» . وقد كان هذا القانون في الصورة التى صدر بها لأول مرة يكفل احترام الحقوق والحريات للأفراد في كثير من النصوص ، إلا أن التعديلات والقوانين المكملة له التى طرأت عليه بعد ذلك أضعفت كثيرا من نطاق الضمانات التى كان قد كفلها هذا القانون .

وجاءت ثورة ٢٣ يوليو في سنة ١٩٥٢ فخرجت بمنطق الثورة على بعض الضمانات . فصدر المرسوم بقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٢ في شأن تطهير الأداة الحكومية وأنشأ لجانا إدارية ذات اختصاص قضائى للبت في بعض الجرائم التى تكفل بعض الضمانات للحرية الشخصية ، وخولها بعض الاختصاصات القضائية التى يتمتع بها قاضى التحقيق وغرفة الاتهام ، ومنحها سلطة اتخاذ إجراءات تمس الحرية الشخصية دون ضمان يحد من الإفراط في هذا المساس ، وصاحبت الظروف الاستثنائية لنشوء الثورة الإنقاص من الضمان القضائى ، فشكلت المحاكم الاستثنائية بالقانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٢ في شأن جريمة الغدر، والأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة في ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ بإنشاء محكمة الثورة ، وكانت المحاكمة أمام هاتين المحكمتين تتم وفقا لإجراءات خاصة ، ودون مراعاة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ أجازت محاكمة المتهمين أمامهما عن أفعال لم يكن معاقبا عليها من قبل ارتكابها .

وصدر المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الذى انتزع من قاضى التحقيق سلطة التحقيق الابتدائى وأسندته إلى النيابة العامة . ثم صدر القانون رقم ٢٨٠ لسنة ١٩٥٣ فعدل قانون الإجراءات الجنائية مخولا النيابة العامة سلطة إصدار الأوامر الجنائية أسوة بالقضاة . كما جرت بعد ذلك عدة تعديلات على قانون الإجراءات لتدعيم سلطة الدولة وموظفيها ، وذلك عن طريق منح

الموظف العام المتهم بجريمة وقعت في أثناء تأدية وظيفته أو بسببها بعض الضمانات التي تحد من حرية النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية عليه أو التحقيق معه أو استئناف الأمر الصادر بالألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية قبله (المواد ٦٣، ٦٤، ٢١٠ إجراءات المعدلة طبقا للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٦).

وفي عام ١٩٦٤ صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة، وقد أضعف هذا القانون نطاق الحقوق والحريات الأساسية، فقد خول لرئيس الجمهورية عند قيام حالة تنذر بتهديد سلامة النظام السياسي أو الاجتماعى للبلاد، أن يأمر بالقبض على أى شخص واعتقاله متى توفرت عند صدور هذا الأمر أسباب جدية تنبئ بخطورته، وكان من إحدى الفئات المذكورة على سبيل الحصر والتي سبق أن مستها الثورة (المادة ١). وقد سمحت هذه السلطة باعتقال المتهمين بارتكاب جرائم معينة رغم القضاء ببراءتهم بواسطة المحاكم المختصة. كما نص هذا القانون على إعفاء النيابة العامة عند تحقيق بعض الجنايات الهامة من مراعاة كثير من الضمانات التي ينص عليها قانون الإجراءات الجنائية لحماية الحرية الشخصية. وقد بلغ الأمر إلى حد تحويل النيابة العامة سلطة الحبس المطلق للمتهم (المادة ٢)، وتحويل رئيس الجمهورية حق فرض الحراسة على الأموال والممتلكات (المادة ٣). وما يزيد من خطورة هذا القانون على الحريات أنه كان قائما دائما لا يرتبط تطبيقه بظروف الحرب أو إعلان حالة الطوارئ.

وفي عام ١٩٦٦ صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكرية، ويسرى هذا القانون على المدنيين المتهمين بارتكاب جرائم معينة اعتداء على المصالح العسكرية (المادة ٥)، والجنايات والجنح المضرة بأمن الدولة من جهتي الخارج والداخل والتي تحال إليها بقرار من رئيس الجمهورية (المادة ٦) تقديرا من المشرع إلى انتهاء هذا القضاء للقوات المسلحة يسمح له بنظر بعض الدعاوى حين تتعرض البلاد لخطر يهدد أمنها، استصحابا على وظيفة القوات المسلحة التي حددها الدستور (المادة ١٨٠)، مع مراعاة أن الدستور قد نص على القضاء العسكرى في الفصل الخاص بالقوات المسلحة. وقد عني الدستور في المادة ١٨٣ على أن ينص على أن القانون يبين اختصاصه في حدود المبادئ الواردة في الدستور. وعلى هذا النحو أصبح القضاء العسكرى مختصا بمحاكمة المدنيين عن هذا النوع الأخير من الجرائم رغم اختصاص

القضاء العادى أيضا بهذه الجرائم . وبالإضافة إلى ذلك فقد نصت المادة (٤٨) من القانون المذكور على أن السلطات القضائية العسكرية وحدها هى التى تقرر ما إذا كان الجرم داخلا فى اختصاصها أم لا؛ غير أن محكمة النقض المصرية أصدرت العديد من الأحكام، أوردت فيها أنه لا يحول بين اختصاص المحاكم العادية وبين الاختصاص بالفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية، مانع من القانون، إذ لا محل للقول باختصاص استثنائى للقضاء العسكرى بها، وأن نص (المادة ٤٨) من القانون المذكور لا يفيد صراحة ولا ضمنا انفراد القضاء العسكرى وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية، وانتهت المحكمة إلى أنه لا يتصور أن يثور تنازع إيجابى فى الاختصاص بالجرائم بين المحاكم العادية وبين القضاء العسكرى، أما فى حالة التنازع السلبي، فقد أقرت محكمة النقض باختصاص المحاكم العادية بالفصل فى أية جريمة ترى سلطات القضاء العسكرى عدم اختصاصها بها، باعتبار أن ولاية تلك المحاكم هى ولاية عامة^(١).

وفى عام ١٩٦٩ كان الاعتداء الصارخ على استقلال القضاء وحصانته، إذ صدر القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بإعادة تشكيل الهيئات القضائية، وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٠٣ بإعادة تعيين رجال القضاء والنيابة العامة، وتضمن كل من القرارين عزل بعض رجال القضاء، وكان من بينهم قضاة ممن حكموا ببراءة المتهمين فى بعض القضايا السياسية.

وفى ١١ سبتمبر فى سنة ١٩٧١ صدر الدستور المصرى، لكى يؤكد احترام ضمانات الحرية الشخصية، وخاصة القبض والتفتيش والحبس الاحتياطى^(٢).

وبصدور هذا الدستور نسخت النصوص الواردة فى قانون الإجراءات الجنائية والمتعارضة مع الدستور، ولا يظهر نصوص هذا القانون من عيب عدم الدستورية ما نصت عليه (المادة ١٩١) من الدستور من أن كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا وناظرا، ذلك أنه كما قضت المحكمة العليا: «إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام

(١) نقض جلسة ٢٤ ديسمبر فى عام ١٩٨٥، مجموعة الأحكام س ٣٦ ونقض جلسة ١٥ أكتوبر فى عام ١٩٨٦، و ١٠ فى عام ١٩٨٦ ص ١٠٢٠ و ١٣ إبريل فى عام ١٩٨٨ فى الطعن رقم ٥٨٤ لسنة ٨٥.
(٢) انظر الباب الثالث من الدستور بشأن الحريات والحقوق والواجبات العامة.

الصدارة من قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الأمرة، ومن ثم فإن ذلك النص لا يعنى سوى مجرد استمرار نفاذ هذه القوانين واللوائح دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم. فليس معقولا بأن تكون تلك التشريعات بمنأى عن الرقابة التى تخضع لها التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور ونظمه وأصوله المستخدمة مع أن رقابة دستورتها أولى وأوجب^(١).

وفى حكمها الصادر بجلسة ٢ يونيو فى سنة ١٩٨٤ أخذت بهذا النظر المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ القضائية «دستورية» الذى قضى بعدم دستورية المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية التى تبيح لمأمور الضبط القضائى فى حال التلبس تفتيش منزل المتهم، لتتفق مع المادة (٤٤) من الدستور التى تنص على أن «للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون» تأسيسا على أن المادة الأخيرة لم تستثن حالة التلبس من ضرورة صدور أمر قضائى مسبب ممن له سلطة التحقيق أو من القاضى المختص بالتفتيش سواء قام الأمر بنفسه أم أذن لمأمور الضبط القضائى بإجرائه. وطبقت محكمة النقض هذا المبدأ من تلقاء نفسها قائلة: «إن ما قضى به الدستور فى (المادة ٤٤) منه من صون المسكن وإطلاق حظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون، ومن أن «كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا نافذا ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور» لا ينصرف حكمها بدهاءة إلا أن التشريع الذى لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور

(١) انظر أحكام المحكمة العليا والصادرة فى ٦ نوفمبر فى سنة ١٩٧١ (الدعوى رقم ٢ لسنة ١ قضائية عدم دستورية، والدعوى رقم ٦ لسنة ١ قضائية عدم دستورية، والدعوى رقم ٩ لسنة ١ قضائية عدم دستورية منشورة جميعا فى الجريدة الرسمية العدد رقم ٤٦ الصادر فى ٢٢ نوفمبر فى سنة ١٩٩١). قارن نقض ٨ أكتوبر فى سنة ١٩٧٢ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٢١٨ ص ٩٧٩، فقد أجاز هذا الحكم القبض والتفتيش بواسطة مأمور الضبط القضائى بناء على مجرد الدلائل الكافية طبقا للمادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية قبل تعديله بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٢ رغم أن المادة ٤١ من الدستور تقصر هذا الحق على القاضى والنيابة العامة فقط فيما عدا حالة التلبس، وذلك بحجة أن قانون الإجراءات الجنائية لم يتناوله الدستور بالتعديل.

ذاته ، بغير حاجة إلى تدخل من الشارع» . واستطردت محكمة النقض من ذلك إلى قولها : «إن حكم (المادة ٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية يعتبر منسوخا ضمنا بقوة الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه دون حاجة إلى صدور قانون أدنى^(١)» .

وفي عام ١٩٧٢ صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين في القوانين القائمة ، وكان من مهمة هذا القانون تعديل بعض نصوص الإجراءات الجنائية حتى تتفق مع مبادئ الدستور الجديد . وصدر القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل قانون العقوبات والإجراءات الجنائية^(٢) ، فاستحدث نظامى الصلح والتصالح ، وعدل نظام الأوامر الجنائية ، وأجرى تعديلات على نظام الدعوى المباشرة . وبهذا التعديل الأخير يكون قد طرأ على قانون الإجراءات الجنائية حتى الآن ٤٤ تعديلا .

وقد شكلت الحكومة لجنة لإعادة النظر في قانون الإجراءات الجنائية^(٣) ظلت تعمل زهاء عشر سنوات وانتهت من إعداد مشروع لهذا القانون في عام ١٩٩٧ لم تتقدم به الحكومة بعد إلى مجلس الشعب ، ولاشك أن الحاجة ملحة في إعادة نظر شاملة لهذا القانون حتى يصدر في ثوب جديد يتفق مع المبادئ التى أرساها الدستور المصرى^(٤) ويواجه كثيرا من المشكلات العملية .

١٣٦- الشرعية الدستورية وقانون الإجراءات الجنائية:

تؤثر الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية في ثلاثة محاور، هي :

(١) القانون الدستورى كعامل في تحديد شرعية الإجراءات الجنائية ، حيث تتطلب المبادئ الدستورية عدم جواز اتخاذ إجراء جنائى إلا بقانون .

(١) نقض ٢٠ نوفمبر في سنة ١٩٨٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ١٨٨ ص ١٢٧ ، انظر أيضا وبناء على ذات الأسباب نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، مجموعة الأحكام س ٤٤ رقم ١٠ ص ٧٠٣ الذى قضى بأن المادة ٤١ من الدستور نسخت بقوة الدستور المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٢) الجريدة الرسمية في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨ العدد ٥١ مكررا .

(٣) برئاسة المستشار عبد العزيز الجندى النائب العام الأسبق وعضوية عدد من أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحاماة .

(٤) صدر قرار وزير العدل رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٨ بتشكيل لجنة لتعديل قانون الإجراءات الجنائية والقوانين المكملة له .

(٢) القانون الدستوري كعامل في توجيه قانون الإجراءات الجنائية ، حيث يتعين على هذا القانون الالتزام بما نص عليه الدستور بشأن الأصل في البراءة ، وضمانات المحاكمة المنصفة في جميع مراحلها .

(٣) القانون الدستوري كعامل في تنظيم الجهات التي تنهض بالإجراءات الجنائية ، وهي القضاء فيحدد ضماناته من حيث الحيادة والاستقلال ، والنيابة العامة فيحدد دورها في الإجراءات الماسة بالحرية .

ومن خلال هذه المحاور يكفل قانون الإجراءات الجنائية الحماية الدستورية للحقوق والحريات .

القسم الأول

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في قانون العقوبات

١٣٧ - تمهيد

ندرس موضوعات هذا القسم في ثلاثة أبواب :

يعالج الباب الأول ، مبدأ الشرعية الجنائية فنبحث في فصل أول أساس هذا المبدأ ، وانطلاقاً من هذا الأساس نبحث في فصل ثان الاختصاص التشريعي في المسائل الجنائية فنبين مبدأ انفراد التشريع في مسائل الحقوق والحريات ، ونطاق انفراد التشريع في تحديد الجرائم والعقوبات ، وفي تحديد الإجراءات الجنائية .

ويعالج الباب الثاني ، اليقين القانوني الجنائي . فنبحث في فصل أول أساس مبدأ عدم الرجعية ونطاق الصفات الخاصة في النصوص الجنائية ، ونبحث في فصل ثان التفسير الدقيق للنصوص الجنائية ، ثم نبحث في فصل ثالث نطاق تطبيق قانون العقوبات ، سواء من حيث عدم رجعية قانون العقوبات ، أو من حيث رجعية القانون الأصلح للمتهم .

أما الباب الثالث ، فيعالج تأسيس التجريم والعقاب على التوازن بين الحقوق والحريات وسائر القيم الدستورية . وفي هذا الباب نبحث في فصل أول التجريم والعقاب في ضوء الضرورة والتناسب . ونبحث في فصل ثان ضمانات الحقوق والحريات في مواجهة التجريم والعقاب .

الباب الأول

مبدأ الشرعية الجنائية

١٣٨ - تمهيد

وفيما يلي ندرس أساس هذا المبدأ سواء من الناحية الفلسفية أو من الناحية الدستورية، وبعد ذلك نبين مبدأ انفراد التشريع لتحقيق الشرعية، ثم نحدد نطاق هذا الانفراد في تحديد الجرائم والعقوبات، وامتداد هذا الانفراد إلى قواعد الإجراءات الجنائية.

الفصل الأول

الأساس الفلسفى والدستورى للمبدأ

١٣٩ - نشأته

لم يظهر مبدأ الشرعية الجنائية إلا فى اللحظة التى تحددت فيها سلطات الدولة وانفصلت كل منها عن الأخرى . ففى عهد الملكية المطلقة ، كانت أوامر الملك تتمتع وحدها بقوة القانون الذى يكون له سلطة تجريم الأفعال بمطلق إرادته . وفى القرون الوسطى كان القضاء يملكون سلطة تحكيمية فى تجريم الأفعال والعقاب عليها دون نص فى القانون ، وظل الحال كذلك حتى اشتد نقد الفلاسفة والكتاب لهذا التحكم ، وعلى رأسهم مونتسكيو وبيكاريا ، كما ظهر مبدأ الفصل بين السلطات للحيلولة دون تحكم الملك والقضاء وحماية حقوق الإنسان ، ونادوا بأن يكون للسلطة التشريعية وحدها حق وضع الجرائم وما يقابلها من عقوبات .

وقد أخذ القانون الإنجليزى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات منذ أن صدر ميثاق هنرى الأول ، ثم تضمنه دستور كلاريندون ، وأكدته بعد ذلك العهد الأعظم Magna Charta الذى قرر سمو قواعد القانون فى إنجلترا . وجاءت الثورة الفرنسية فأكدت هذا المبدأ فى المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ . وجاء الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ فنص على المبدأ المذكور . كما تضمنته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة عام ١٩٥٠ (المادة ٧) ، والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ (٧١ ت ١٥) . وهكذا يبين أن هذا المبدأ يعتبر من حقوق الإنسان ذات الطابع العالمى ، وقد أصبح بذلك قيمة من القيم التى يقوم عليها النظام الديمقراطى .

وتؤكد هذا المبدأ فى المادة ٦٦ / ٢ من الدستور المصرى . وقد سبقت الشريعة

الإسلامية النظم القانونية الوضعية في إقرار هذا المبدأ . وجاء ذلك في قوله سبحانه وتعالى : ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ (الإسراء : ١٥) . ولكن الشريعة الإسلامية ميزت بين جرائم الحدود وجرائم التعزير فيما يتعلق بسند الشريعة . فجرائم الحدود هي التي حددها الشارع الإسلامي في نصوص القرآن الكريم والسنة . أما جرائم التعزير، فإن الحاكم الذي يتولى في وقت واحد وظيفة التشريع والقضاء، فهو الذي يبين التجريم وحدوده .

ويتحدد نطاق هذا المبدأ في كل من الجريمة، والعقوبة، والإجراءات الجنائية .

١٤٠ - فلسفة المبدأ

يقوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بصفة أساسية على دعامتين هما : حماية الحرية الشخصية، وحماية المصلحة العامة .

أما عن حماية الحرية الشخصية، فقد قام هذا المبدأ كعلاج ضد مختلف صنوف التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية ردحا طويلا من الزمان . فهذا المبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص محددة جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم، ويحول بذلك دون تحكم القاضي، فلا يملك إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له ؛ سبق النص عليه من قبل في القانون . وقد عبر عن ذلك بيكاريا - مؤكدا في ذلك ما سبق أن قاله مونتسكيو، في قوله إن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم، وإن هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته، الذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعى^(١) . وهذا الذي نادى به بيكاريا ليس إلا تطبيقا لمبدأ انفراد المشرع بتنظيم حماية الحقوق والحريات، على النحو الذي أسلفنا بيانه .

وقد أخذت بعض التشريعات (في إيطاليا وأسبانيا) بمبدأ الانفراد المطلق للتشريع الجنائي، وأصبح من معالم الشريعة الجنائية وجوب تطوير التدخل التشريعى بعمق في

Beccaria, Des délits et des peines, Librairie Dalloz, Genève, 1965, P. q

(١)

المسائل الجنائية، وعدم إعطاء مكان للائحة في هذا الصدد إلا في حدود يسيرة للغاية^(١).

ولهذا، فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية - خلافا للحال في الدولة البوليسية - حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى في قولها بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن اتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنيانا لإقراره وتوكيده، إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازما إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها^(٢).

أما حماية المصلحة العامة، فتتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده، تطبيقا لمبدأ انفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم والمصالح التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلى الشعب. وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقوباتها، لضمان مشروعيتها^(٣). وعلى هذا النحو يعرف المواطنون سلفا القيم والمصالح التي يبنى عليها المجتمع والتي يحميها قانون العقوبات مما يسهم في تنمية الروح الاجتماعية ويحقق التماسك الاجتماعى^(٤).

ومن ناحية أخرى، فإن النواهي والعقوبات التي تتضمنها نصوص قانون العقوبات

(١) انظر : I. Tremeau, op. cit, P.256

(٢) Christine Lzerges, Le principe de légalité des délits et des peines; Delits et libertés fondamentaux, Dalloz, 1996, P.328.

(٣) دستورية عليا في ٢٢ فبراير عام ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ في ٦ مارس سنة ١٩٩٧.

(٤) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام) طبعة ١٩٩٦، ص ٣٢، ودستورية عليا في ٢٢ فبراير عام ١٩٩٧ السابق الإشارة إليه.

تسهم في تحقيق الردع العام، فكما يقول مونتسكيو إن فاعلية العقوبة تقاس بمقدار خشية العقاب التي تقاس بدورها بمقدار التأكد من توقيع العقوبة والإحاطة بها سلفاً^(١).

١٤١- الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ الشرعية الجنائية

تعرض مبدأ الشرعية الجنائية إلى عدة انتقادات خلال القرن التاسع عشر نبتت من تأثير المدرسة الوضعية في علم الإجرام وتأثرت بعد ذلك ببعض التيارات السياسية والمذاهب الشمولية. وتتلخص هذه الانتقادات في عجز المشرع عن إعطاء تعريف كامل وكاف للجرائم، مما يسمح بإفلات عدد من الأفعال غير الأخلاقية والخطرة التي لم ينص عليها التشريع صراحة، وهو ما يؤدي بالتشريع الجنائي إلى أن يصبح قانون الأشرار الذين يستطيعون تدبير نظم حياتهم على هامش التشريع دون الوقوع في برائنه. ولهذا يرى أصحاب هذا الاتجاه التخفيف من حدة مبدأ الشرعية، وإضفاء المرونة على التجريم، والسماح بالتفسير عن طريق القياس، حتى لو تطلب الأمر العدول عن هذا المبدأ.

وساق أصحاب هذا الرأي تأييداً لانتقادهم حجة تقول بأن التجريم والعقاب الذي يتولاه المشرع لا يراعى شخصية المجرم، وأن هناك أشخاصاً خطرين من الملائم احتجازهم وإبعادهم عن المجتمع قبل ارتكاب الجريمة لمدة غير محددة سلفاً بواسطة التشريع أو القاضي حتى تزول عنهم خطورتهم.

وقد لقي هذا الانتقاد تجاوباً مع تشريعات الدول التسلطية مثل ألمانيا النازية، والاتحاد السوفييتي (سابقاً) قبل عام ١٩٥٩ وإيطاليا في العهد الفاشي في حدود معينة. وقد قوبل هذا التراجع عن الشرعية بقلق شديد من جميع المناصرين للشرعية وتجلى رد أفعالهم بوضوح في المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات المنعقد في باريس عام ١٩٣٧ والمؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في لاهاي في ذات العام، حيث أكد المؤتمران في مواجهة أعداء الشرعية القيمة الأساسية للشرعية في المسائل الجنائية^(٢).

(١) انظر: Saint - Hillaire, La crise du principe de la légalité, Cours de doctorat, La Caire, 1966, p.38.

(٢) Ancel, Apropos de quelques discussions récentes pour la règle Nulla poena sine lege, Rev. Sc. Crim., 1973, p.670.

وانظر في ذات العدد من مجلة العلم الجنائي ص ٧٥٠ و ٧٥٥ معلومات عن نتائج هذين المؤتمرين.

ولاشك أن هذه الانتقادات تعبر في ذاتها عن الفكر المعادى للحرية وغيرها من حقوق الأفراد، فالمناداة بمعاقبة الخطرين لمجرد حالتهم النفسية الخطرة دون الإتيان بأى فعل مادي، يعبر في ذاته عن خطر التحكم والمساس بالحریات دون جريرة ارتكبها أصحابها، كما أن إنكار الشرعية يطلق العنان لتحكم القضاة في تحديد ما يعتبر جريمة بعيدا عن حكمة المشرع الذى يوازن بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع، ويعرضهم للخضوع في هذا التحديد للاتجاهات السياسية. وقد لوحظ أن معاداة الشرعية لم تقتصر على جانب قانون العقوبات فحسب، بل امتدت كذلك إلى قانون الإجراءات الجنائية حيث اتجهت بعض التشريعات إلى إنشاء محاكم استثنائية لا تستند إلى القانون، وإلى اتخاذ إجراءات استثنائية بقرارات إدارية. وهو ما يعرض الحقوق والحریات لأخطار تحكم الإدارة.

١٤٢- الأساس الدستوري لمبدأ الشرعية

يتمتع مبدأ شرعية الجرائم بقيمة دستورية. وقد أكد الدستور المصرى عام ١٩٧١ صراحة ومباشرة هذا المبدأ في المادة ٦٦ منه، ومن قبله أكدته دستور عام ١٩٢٣ (المادة السادسة). وتمتد جذور هذا المبدأ إلى متطلبات سيادة القانون وديمقراطية نظام الحكم. ومن ثم، فإن اعتباره من مقومات الشرعية الدستورية لا يستند فحسب إلى صريح نص المادة ٦٦ من الدستور، بل يعتمد كذلك على ما نص عليه الدستور في المادة ٦٤ من أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وما نص عليه في المادتين ٢ و٤ من الدستور بشأن ديمقراطية نظام الحكم. كما يستخلص هذا المبدأ كذلك مما قرره المادة ١٨٧ من الدستور من أن الأصل في أحكام القوانين هو سريانها اعتبارا من تاريخ العمل بها^(١). وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر مضمون هذا المبدأ وأعلنت قيمته الدستورية في عدد من أحكامها^(٢).

(١) دستورية عليا في ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٠ في ٦ مارس سنة ١٩٩٧.

(٢) دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٨١ في القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، والقضايا ١ و ٢ و ٣ لسنة ١ قضائية «دستورية» و ٢٧ لسنة ٢ قضائية «دستورية»، ١٥ مايو سنة ١٩٨٢ في القضية رقم ٣٩ لسنة ٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٢ ص ٤٥، ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ في القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٤ ص ١٩، ١٦ إبريل ١٩٩١ في =

وعلى الرغم من عدم النص على هذا المبدأ في الدستور الفرنسي القديم، فقد أكد الفقه الجنائي قيمته الدستورية على أساس أنه جزء من القانون العام العرفي في فرنسا^(١). وهو قانون أسمى من التشريع ذاته لا يمكن المساس به. كما انتهى العميد ديجيه إلى النتيجة ذاتها اعتماداً على أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ قد أكد قيمة الدستورية مع جميع المبادئ المترتبة عليه^(٢). وجاء كل من دستور عام ١٩٤٦ وعام ١٩٥٨ فأكد بصفة رسمية في مقدمة كل منهما أن إعلان عام ١٧٨٩ سالف الذكر يحتل مكاناً رفيعاً في قمة البناء القانوني الفرنسي، ويأخذ موقع القلب من «الكتلة الدستورية» التي تحتوى على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي، منذ حكمه الهام الصادر في ١٦ يوليو عام ١٩٧١، هذا المعنى ومارس رقابته الدستورية السابقة للتحقق من مطابقة التشريع لهذا المبدأ الدستوري^(٣).

وننبه إلى أنه على الرغم من الطابع الدستوري لمبدأ الشرعية، إلا أن القاضي الجنائي الفرنسي لا يستطيع استبعاد قانون يرى أنه يصطدم مع هذا المبدأ، لأنه ليس مختصاً بالفصل في دستورية القوانين، ولا يجوز له أن يمارس الدور الذي يضطلع به المجلس الدستوري ويأمره قبل إصدار القوانين.

ويتكامل هذا المبدأ مع عدة مبادئ دستورية أخرى هي مبدأ المساواة، وأصل افتراض البراءة في المتهم، ومبدأ المحاكمة المنصفة. وتسهم كل هذه المبادئ في تحديد نطاق التجريم والعقاب الذي يتم طبقاً لشرعية الجرائم والعقوبات^(٤).

= القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٤ ص ٣٢٤، وفي القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٤ ص ٣١١، ٧ مارس ١٩٩٢ في القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٥ (المجلد الأول) ص ٢٤٠.

(١) Garcon, C. pen annoté I, Art 4, No.34; Garrou, Traité, pén, I, No.125.

(٢) Dugit, Tr. Droit constitutionnel, II, No.998.

(٣) 71-49 Dc 16 Juilliet. 1971, Rec. No.29.

(٤) انظر بوجه خاص قرارات المجلس الدستوري في ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ بشأن قانون الأمن والحرية "Sécurité et liberté" الصادر في ٢ فبراير سنة ١٩٨١.

(127 Dc 19-20 Janv, 1981, D., 1982-441).

الفصل الثانى

الاختصاص التشريعى فى المسائل الجنائية

١٤٣- تمهيد

يعتمد الاختصاص التشريعى فى المسائل الجنائية على أصل دستورى هو مبدأ انفراد التشريع بالاختصاص فى مسائل الحقوق والحريات . وينبنى على هذا الأصل نطاق هذا الانفراد فى تحديد الجرائم والعقوبات ، وفى تحديد الإجراءات الجنائية . وفيما يلى نعالج هذه المسائل فى ثلاثة مباحث متعاقبة .

المبحث الأول

مبدأ انفراد التشريع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات

١٤٤ - انفراد التشريع في إطار مبدأ الشرعية

أوضحنا فيما تقدم أن مبدأ الشرعية يعتمد على السلطة التشريعية في تحديد الجرائم والعقوبات ، وذلك باعتبار أن هذه السلطة تمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعى .

فلقد جاء مبدأ الشرعية ثمرة لكفاح بين السلطة والفرد ، فقد عاشت المجتمعات فترة طويلة تستأثر فيها الطبقات الحاكمة بجميع السلطات ، واتسم القرنان الثامن عشر والتاسع عشر بسيطرة الطبقة الأرستقراطية والبورجوازية من أجل الاحتفاظ بجميع السلطات في يدها ، وأدى في النهاية إلى وقوع صدام بين البرلمان وبين الحكومة ، ثم أسفر الصراع في النهاية إلى تأكيد سيادة الشعب ، واستئثار البرلمان بسلطته في التشريع في كل ما يتعلق بالحقوق والحريات . وقد عبر عن ذلك كاريه دى مالبيرج في قوله إن سيادة البرلمان تنبع من سيادة الشعب .

وقد أسفر هذا التطور عن مبدأ هام هو سيادة القانون بما في ذلك الدستور ، وهو السمة المميزة للدولة القانون ، للحيلولة دون تحكم السلطة وانحرافها . وفي إطار هذا المبدأ كان يتعين تحديد دور السلطة التشريعية بالمقارنة بدور السلطة التنفيذية ؛ فكل منهما يملك سلطة إقرار قواعد قانونية الأولى في صورة التشريع والثانية في صورة اللوائح . إلا أن توزيع الاختصاص بين هاتين السلطتين في مجال القواعد القانونية لا يتم إلا في إطار مبدأ الشرعية أى سيادة القانون . فوفقا لهذا المبدأ يخضع الجميع للقانون ، فجميع السلطات تخضع للدستور ، والسلطة التنفيذية تخضع أيضا فيما تسنه من لوائح للتشريعات التى تقرها السلطة التشريعية . ومن هنا كان التدرج بين القواعد

القانونية سمة من سمات الشرعية أى سيادة القانون . فالسلطة التشريعية تلتزم باحترام القواعد الدستورية و ما يتطلبه الالتزام بها تضمنته هذه القواعد بشأن الحقوق والحريات بضمانها فيما تقرره من تشريعات ، والسلطة التنفيذية تلتزم بتمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم وحرياتهم العامة فى مواجهتها وكفالة احترامها^(١) .

فإذا كانت الحقوق والحريات تتم مباشرتها فى مواجهة السلطة التنفيذية ؛ فإن السلطة التشريعية مكلفة باسم الدستور بكفالة هذه الحقوق والحريات . وذلك لعلة واضحة هى أن السلطة التشريعية تتم ممارستها بواسطة ممثلى الشعب صاحب السيادة . لهذا كان طبيعيا أن يستأثر التشريع الصادر عن هذه السلطة بضمان الحقوق والحريات ، وهو ما يعرف بمبدأ انفراد التشريع "La réserve de loi" . ويتفق ذلك مع أفكار لوك Locke التى تقوم على أن اجتماع أعضاء المجتمع (أى البرلمان) يكمن فى ضرورة حماية « الحرية » و « الملكية » ، ومن ثم فإن كل تشريع يعالج هذه المسائل يتطلب موافقة أطراف العقد الاجتماعى ، ولا شك أن هذه النظرية قد أقامت علاقة وثيقة بين انفراد التشريع وحماية الحقوق والحريات ، فأكدت أن كل تدخل يتعلق بالحرية يجب أن يكون من عمل المشرع ، أى صادرا بموافقة ممثلى أصحاب الحقوق والحريات . وقد أكد الفقه الألمانى هذه العلاقة الوثيقة بين الحقوق ومبدأ انفراد التشريع^(٢) . وقد عبر عن ذلك المجلس الدستورى الفرنسى فى عبارة قصيرة أدخلها فى أسباب قراره الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٧٣ ، تقول بأن سلب الحرية يتعلق بالمشرع^(٣) .

١٤٥ - ماهية مبدأ انفراد التشريع

أوضحنا أن مبدأ انفراد التشريع يعنى اختصاص المشرع وحده بمعالجة المسائل التى تدخل فى اختصاصه . ويعنى هذا المبدأ أن السلطة التنفيذية لا تملك من خلال اللوائح معالجة المسائل التى تدخل فى اختصاص المشرع وحده . ومن ناحية أخرى ، يعنى هذا المبدأ أن المشرع لا يملك أيضا الإفلات من مسئوليته فى معالجة هذه المسائل وتوفير

Térôme; La réserve de loi, Economica, 1997, p.16.

(١)

(٢) انظر:

J. Treneau, op. cit., p.26.

"la privation de liberté relève de la loi" Cons. const. 28 Novembre 1973, D.1974.269.

(٣)

الضمانات لممارسة الحقوق والحريات، على أن ذلك المبدأ لا يصادر حق السلطة التنفيذية من خلال اللوائح في تنظيم وتنفيذ ما أقره المشرع.

ويتعين التمييز بين مبدأ «انفراد التشريع»، ومبدأ «أولوية التشريع» (Préférence de loi). فهذا المبدأ الأخير يسمح بتكييف قيمة التشريع في إطار تدرج القواعد القانونية، بخلاف المبدأ الأول، فإنه يحدد المجال الذى يعمل فيه التشريع منفردا. فبينما يحدد مبدأ انفراد التشريع الموضوعات التى يستأثر التشريع وحده بمعالجتها، فإن أولوية التشريع يحدد مكانته بالنظر إلى غيره من القواعد القانونية التى لم تصدر عن السلطة التشريعية. وكلا المبدأين - كما هو واضح - مختلفان، فانفراد التشريع يحدد اختصاص المشرع، بينما تحدد أولوية التشريع مكانته بالنسبة إلى القواعد القانونية اللاتحجية من منظور تدرج القواعد القانونية في إطار نظام قانونى واحد.

ويهدف مبدأ (انفراد التشريع) إلى أن يكون تنظيم ممارسة الحقوق والحريات ورسم حدودها بواسطة ممثلى الشعب، والحيلولة دون تدخل السلطة التنفيذية في المساس بهذه الحقوق والحريات دون موافقة السلطة التشريعية الممثلة للشعب سلفا. فالتشريع على هذا النحو هو السند الذى يتوقف عليه تنظيم ممارستها ورسم حدودها. إنه هو التعبير عن موافقة الشعب من خلال النظام النيابى عما يمكن القيام به في مجال يتعلق به وحده وهو الحقوق والحريات. إنه لا يعنى أكثر من منع تدخل السلطة التنفيذية من تلقاء نفسها وبغير إذن من المشرع في هذا المجال، فعندما يتعلق الأمر بتعيين الحدود التى تتم فيها ممارسة الحقوق والحريات فثمة سلطة واحدة في الدولة هى المختصة بذلك أصلا، هذه السلطة هى السلطة التشريعية. وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التى يجريها بين البدائل المختلفة التى تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعى، موازنا بينها، مرجحا ما يراه أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التى يتوخاها، وأكفلها لأكثر المصالح وزنا في مجال إنفاذها. وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه، ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة^(١).

(١) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

١٤٦- نطاق انفراد التشريع

والتشريع باعتباره صادراً من أقدر السلطات على استجلاء جوانب الصالح العام، والتعبير عن مقتضياته - لارتباط هذه السلطة بإرادة الشعب - هو الذى يمكن أن يضمن التوازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة. وهو إذ يفعل ذلك لا يجوز أن ينال من تلك الحقوق والحريات بما يقلص من محتواها، أو يجردها من خصائصها أو يقيد من آثارها، وإلا كان هذا التنظيم مخالفاً للدستور^(١). وفي هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا: إن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن ما تقره من القواعد القانونية في شأن هذا الموضوع، لا يجوز أن ينال من الحقوق التى كفل الدستور أصلها، سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها، ذلك أن إهدار هذه الحقوق أو تهيشها عدوان على مجالاتها الحيوية التى لا تتنفس إلا من خلالها، ولا يجوز بالتالى أن يكون تنظيم هذه الحقوق اقتحاماً لفحواها، بل يتعين أن يكون منصفاً ومبرراً^(٢). وأكدت في حكم آخر لها بأنه إذا كفل الدستور حقاً من الحقوق، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه، إلا بالقدر، وفي الحدود التى ينص عليها الدستور^(٣).

وفي هذا المعنى، قضت محكمة النقض^(٤) أن مؤدى المادة ٤١/١ من الدستور أن أى قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها حقاً طبيعياً من حقوق الإنسان، يستوى في ذلك أن يكون القيد قبضاً أو تفتيشاً أو حبساً أو منعا من التنقل أو كان دون ذلك من القيود،

(١) دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام

الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٧٠.

(٢) دستورية عليا في ٦ إبريل سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام

الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٣ ص ٥٥١.

(٣) دستورية عليا في ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام

بند ٥٠ ص ٤٢٣ الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٤١ ص ٦٣٧.

(٤) نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س ٤٤ رقم ١١٠ ص ٧٠٣. وفي ذات المعنى، نقض

٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ س ٢٦ رقم ١٨٨ حيث قضت محكمة النقض بأن المادة ٤١ من الدستور نسخت

ضمناً المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية.

لا يجوز إجراؤه إلا في حالة من حالات التلبس كما هو معروف قانوناً، أو بإذن من السلطات القضائية المختصة، ولا يغير من ذلك عبارة (وفقاً لأحكام القانون) التي وردت في نهاية تلك المادة، بعد إيرادها الحالتين اللتين يجوز فيهما القبض والتفتيش على السياق المتقدم، لأن هذه العبارة لا تعنى تفويض الشارع العادى في إضافة حالات أخرى تتيح القبض على الشخص وتفتيشه، والقول بغير ذلك يفضى إلى إمكان تعديل نص وضعه الشارع الدستورى بإرادة الشارع القانونى وهو ما لا يفيد نص المادة ٤١ من الدستور، وإنما تشير عبارة (وفقاً لأحكام القانون) إلى الإحالة إلى القانون العادى في تحديد الجرائم التى يجوز فيها صدور الأمر بالقبض على الشخص وتفتيشه، وبيان كيفية صدوره إلى غير ذلك من الإجراءات التى يتم بها القبض والتفتيش. واستخلصت محكمة النقض بناء على ما تقدم أن ما قضى به الدستور في المادة ٤١ منه من عدم جواز القبض والتفتيش في غير حالة التلبس إلا بأمر يصدر من القاضى المختص أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون، يكون حكماً قابلاً للإعمال بذاته، وأن ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية من تحويل مأمور الضبط القضائى الحق في تفتيش الشخص إذا ما قامت ضده في أثناء تفتيش منزل المتهم قرائن قوية على أنه يخفى معه شيئاً يفيد في كشف الجريمة دون أن يصدر أمر قضائى ممن يملك سلطة إصداره أو أن تتوافر في حقه حالة التلبس يخالف حكم المادة ٤١ من الدستور على السياق المتقدم، مما يجعل المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية تعتبر منسوخة ضمناً بقوة الدستور نفسه منذ تاريخ العمل بأحكامه دون تربص إصدار قانون أدنى ولا يجوز الاستناد إليها في إجراء القبض والتفتيش منذ ذلك التاريخ.

وقد كان مجلس الدولة المصرى^(١) سباقاً إلى إعلاء مبدأ انفراد التشريع في مسائل الحقوق والحريات، إذ قضت محكمة القضاء الإدارى في باكرة أحكام مجلس الدولة في حكم شهير لها بأن الحريات العامة في مصر، إذا أجاز الدستور تقييدها، فإنها لا تقيد إلا بتشريع. وهذا هو أيضاً المبدأ الذى انعقد عليه إجماع رجال الفقه الدستورى، فقد قرروا أن ضمانات الحقوق هى نصوص دستورية تكفل لأبناء البلاد تمتعهم بحقوقهم الفردية، وهى تسمو إلى مرتبة القوانين الدستورية، فتكون معصومة لا سلطان للمشرع

(١) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى في ٢٦ يونية سنة ١٩٥١، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى س ٥ بند ٣٥٧ ص ١٠٩٩، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محاكم مجلس الدولة، والحقوق والحريات العامة.

عليها، إلا إذا أجاز الدستور تنظيمها بنص خاص، وفي هذه الحالة يتعين أن تكون القيود التي ترد عليها قيوداً تقررها القوانين^(١).

وخلاصة ما تقدم، فإن منطقة تنظيم الحقوق والحريات محرمة على غير المشرع، متروكة له وحده لكي ينفرد بها باعتباره ممثلاً لإرادة الشعب. ويبارس انفراد هذا في حدود الدستور.

وقد تطورت فكرة انفراد التشريع لكي تتسع بعد ذلك لمناطق أخرى مثل تنظيم السلطات العامة^(٢). ومن ناحية أخرى، فإن هذا الانفراد لا يقتصر على مناطق معينة عن طريق التدخل، وإنما يتطلب أن يتمثل هذا التدخل في صورة قواعد قانونية لتنظيم المنطقة المحجوزة للمشرع. ويلتزم المشرع في ممارسة سلطته التي يستأثر بها أن يفعل ذلك بالكيفية التي حددها الدستور وعهد بها إليه، مما يتطلب أن يكون التنظيم مستهدفاً لتحقيق المقاصد التي عبر عنها الدستور.

وقد عني الدستور الفرنسي (١٩٥٨) بتحديد الحالات التي ينفرد بها التشريع، وميز في هذا النطاق بين القواعد *règles* والمبادئ الأساسية *Principes fondamentaux*، فنص على أن التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية للمواطنين في ممارسة الحريات العامة، وتحديد الجرائم والعقوبات، والإجراءات الجنائية، والعفو عن الجرائم، وإنشاء درجات المحاكم، والنظام الأساسي للقضاة، مع غير ذلك من الموضوعات. ونص الدستور الفرنسي على أن التشريع يحدد المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطني، والتعليم، ونظام الملكية، والحقوق العينية، والالتزامات المدنية والتجارية، مع غيرها من موضوعات. وفي ضوء ذلك عني المجلس الدستوري الفرنسي بتقرير أن اللائحة تُعمل "mise en oeuvre" أي تنفذ القاعدة التي تضمنها التشريع^(٣)، وأنها تضع وسائل تطبيق "modalités d'application" المبادئ الأساسية التي يحددها التشريع^(٤).

وتخضع السلطة التشريعية في هذه الممارسة - كما بينا من قبل - لرقابة المحكمة

(١) انظر الدكتور فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة ١٩٨٨ جزء أول ص ١٨٧ و ١٨٨.

(٢) I. Treneau, op. cit., p. 37.

(٣) François Luchaire, Le constitutionnel t. III, 1999, no. 335, p. 185.

(٤) Dés. du août 1985, Recueil juis const., p. 234.

الدستورية العليا . وانفراد التشريع بمنطقة معينة يعتبر مسئولية على عاتق السلطة التشريعية لا مجرد رخصة لها .

وفي ضوء كل ما تقدم يمكن التعبير عن مظاهر انفراد التشريع في ثلاثة أمور: أولاً، أن هذا الانفراد يتعلق بالحقوق والحريات وغيرها من المجالات التي يحددها الدستور. ثانياً، أنه يتحدد بأهداف معينة عبر عنها الدستور ولا يجوز للسلطة التقديرية للمشرع أن تتجاوزها أو تنحرف عنها في الكيفية التي يباشر فيها اختصاصه الفريد . وثالثاً، أنه انفراد مانع، يحول دون مشاركة السلطة التنفيذية فيه عن طريق اللوائح إلا في الحدود التي ينص عليها التشريع طبقاً للدستور.

ومع ذلك، فإن انفراد التشريع كمبدأ عام ليس مطلقاً، فقد جعل الدستور هذا الانفراد نسبياً في حدود معينة، كما سنبين فيما بعد .

١٤٧ - التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي

ميز جانب من الفقه الإيطالي بين نوعين من الانفراد التشريعي، انفراد مطلق - "ab solue"، وآخر نسبي "relative". كما ميز من ناحية أخرى بين الانفراد العادي والانفراد المدعم "renforcée".

أما التمييز بين الانفراد المطلق والانفراد النسبي، فإنه يتحدد بالنظر إلى العلاقة بين التشريع واللوائح، في ضوء مدى التزام المشرع وحده بتنظيم المسائل التي تدخل في اختصاصه ومدى قدرته في أن يعهد بجزء منها إلى السلطة التنفيذية. فيكون الانفراد مطلقاً إذا ما التزمت السلطة التشريعية وحدها بالتنظيم المتكامل للمسألة التي تدخل في اختصاصها، مع استبعاد أية إمكانية لتدخل السلطة التنفيذية من خلال اللوائح في هذا الشأن، بحيث يكون التشريع هو المصدر الوحيد في هذه المسألة. أما الانفراد النسبي، فيكون عندما ينظم المشرع العناصر الأساسية للمسألة التي تدخل في اختصاصه، مقتصرًا على وضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لها تاركا للسلطة اللائحية مهمة معالجة نقاط محددة في هذا الشأن. ويكفي في هذه الحالة أن يضع التشريع الإطار الذي تمارس فيه السلطة التنفيذية سلطتها اللائحية^(١).

Jérôme Tremeau, op. cit., p.47.

(١) انظر:

وفي الانفراد التشريعي النسبي يخضع العمل اللائحي لما عبر عنه التشريع من قواعد تغطي المنطقة التي يفرد بتنظيمها، فتلتزم بها السلطة اللائحية فيما تضعه من قواعد. وفي هذا الانفراد النسبي لا يمكن للوائح إلا أن تكون بناء على التشريع. ذلك أن مبدأ انفراد المشرع يعنى وبغير استثناء أن التشريع وحده هو الذى يحدد القواعد الأساسية، وتلتزم السلطة اللائحية باحترامها وبعدم استحداث قواعد جديدة خارج إطار ما حدده التشريع من قواعد أساسية، مما مقتضاه أنه لا يجوز لللائحة التنفيذية أن تجرى تعديلا أو تعطيلًا للتشريع أو إعفاء من تنفيذ بعض أحكامه، وإنما يقتصر دورها على التنظيم اللائحي للتشريع في الحدود التي رسمها الدستور في شأن اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين^(١).

ويلاحظ أن الانفراد المطلق للتشريع يعنى أن التشريع يقدم تنظيميا متكاملا للمسألة التي يعالجها أكثر مما هو عليه في حالة الانفراد النسبي. على أن الانفراد المطلق لا يحول دون تقييد المشرع بأحكام الدستور. وواقع الأمر، أن هذا التمييز لا طائل تحته، ذلك أن الانفراد المطلق لا يحول دون قيام السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين من خلال اللوائح. فالتنظيم اللائحي التنفيذى للقوانين لا يمس طابع الانفراد المطلق للتشريع، لأن اللائحة لا تزاحم التشريع في اختصاصه، وإنما يقتصر دورها على تنفيذ ما أمر به التشريع. وقد عبر عن ذلك الفقيه Kelsen في قوله بأن المظهر التطبيقي للعمل اللائحي يجب أن يخضع إلى نحو كبير لما استحدثه التشريع من قواعد، وإلا فقدت اللائحة مشروعيتها إن هي تدخلت في مسألة تخضع للانفراد التشريعي المطلق. ولهذا، فإنه من المقرر أن اللائحة التنفيذية يجب أن تحدد مسارها في تنفيذ التشريع بمعالجة المسائل ذات الطابع الفنى لتنفيذ إرادة المشرع وتوجهاته السياسية^(٢).

أما التمييز بين الانفراد العادى والانفراد المدعم فينصرف إلى نطاق التحديد الدستورى لهذا الانفراد، ففي حالة الانفراد العادى يعهد الدستور للمشرع بتنظيم مسألة معينة دون ضوابط محددة فيطلق بذلك نطاق السلطة التقديرية للمشرع بخلاف

(١) انظر في هذا المعنى دستورية عليا في ١٤ يناير سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٣٣ ص ٤٧٣، ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستور العليا ج٧ قاعدة رقم ٢٣ ص ٤٢٤.

(٢) انظر: Jérôme Tremeau, op. cit., p.51,52.

الحال في حالة الانفراد المدعم ، فإن الدستور يحدد معنى ومضمون التنظيم المتروك للمشرع . وبعبارة أخرى ، فإن المشرع في مزاوته لاختصاصه لا يراعى فقط النطاق العام الذي حددته القواعد الدستورية في مجموعها ، وإنما عليه أيضا مراعاة القواعد أو الضوابط التي وضعها الدستور خصيصا لتحديد إطار انفراد التشريع في مسألة معينة . مثال ذلك ما نص عليه الدستور الإيطالي في المادة ١٦ / ١ بشأن حرية انتقال المواطنين داخل إقليم الدولة (مع مراعاة القيود التي يضعها التشريع بصفة عامة لأسباب متعلقة بالسلامة والأمن) . وكذلك الشأن ما نص عليه الدستور المصري في المادة ٤١ / ١ من أنه لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، وما نصت عليه المادة ٤٨ من الدستور المصري من أنه يجوز استثناء في حالة إعلان الطوارئ أو زمن الحرب أن يفرض على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام رقابة محددة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومى ، وذلك كله وفقا للقانون .

٤٨١ - نطاق الانفراد التشريعى وفقا للدستور المصرى:

من المقرر وفقا للمبادئ العامة للدستور، أن النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات هي خطاب من الدستور موجه إلى المشرع لا إلى السلطة التنفيذية . ومع ذلك فقد عنى الدستور في كثير من المواد أن يوجه خطابه إلى القانون بمعنى التشريع لكي يحدد إطار ممارسة الحق أو الحرية التي يقرها الدستور؛ كما هو واضح في المواد ٤١ و ٤٤ و ٤٥ و ٤٨ و ٥٠ و ٥٤ و ٥٥ و ٥٨ و ٦٢ و ٦٦ و ٦٩ و ٧٠ و ٧١ من الدستور .

والمشرع إذ يستأثر وحده منفردا بتحديد نطاق ممارسة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور، فإن هذا الاستأثار أو الانفراد لا يغفل يد السلطة التنفيذية في تنفيذ القوانين . فالسلطة التشريعية تضع القواعد القانونية المنظمة للمسائل التي عهد بها إليها الدستور . أما السلطة التنفيذية فلإنها تنفذ ما حدده التشريع . وقد عبرت عن ذلك المادة ١٤٤ من الدستور فيما نصت عليه من أنه يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها . ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذها . كما نصت المادة ١٤٥ من الدستور على أن يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط .

وفي ضوء ما تقدم يوجد نوعان من اللوائح التنفيذية من حيث صفة مصدرها؛ نوع يعتمد مباشرة على الدستور الذي نص على سلطة رئيس الجمهورية في إصدار اللوائح التنفيذية، وله أن يفوض غيره في إصدارها (المادة ١٤٤ / ١)، ونوع آخر يعتمد على نص القانون (أى التشريع) في تحديده من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه (المادة ١٤٤ / ٢)، ومع ذلك فإن هذا النوع الآخر يعتمد كذلك على سند دستوري في تحويل هذا الحق للتشريع.

وكل هذه اللوائح ليست إلا تنفيذا لما ينص عليه التشريع، فلا تزامحه في اختصاصه الذى ينفرد به طبقا للدستور. ومن ثم فلا يجوز أن تتخطى الحدود التى رسمها التشريع أو أن يتدخل فى تنظيم ممارسة حق أو حرية لأنها منطقة يستأثر بها المشرع وحده، وبناء على ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تمد نطاق سريان أحكام الباب الثانى من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء على غير النطاق المكانى المحدد فى هذا الباب، وإلا كان عملها متحلا سلطة التشريع وصادرا من غير السلطة المختصة دستوريا بإصداره، واقعا فى حماة مخالفة المادتين ٨٦ و ١٤٤ من الدستور؛ مما يجعله عدما متعينا بالتالى الحكم بعدم دستوريته^(١). وقرر المجلس الدستوري فى فرنسا عدم دستورية النص الوارد فى تشريع يحيل إلى السلطة التنفيذية لتحديد الحدود القصوى لشبكة الكابلات المخصصة لخدمة الإذاعة والتلفزيون المرخص باستثمارها لأحد الأفراد يعتبر غير دستوري، وذلك لتعلق الأمر بأحد الضمانات المقررة لممارسة حرية نقل الأفكار والآراء، مما يدخل فى اختصاص التشريع وحده^(٢).

وقضى المجلس المذكور بعدم دستورية التشريع الذى يحيل إلى مرسوم (لائحة) لتحديد تاريخ العمل بهذا التشريع فيما نص عليه من إلغاء أحد مواد قانون الضرائب^(٣)، باعتبار أنه لا يجوز للتشريع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بتحديد القواعد المتعلقة بتطبيق نصوصه.

(١) دستورية عليا فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية - العدد ٣٣ فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٩٨.

(٢) 173 Dc. du 26 Juillet 1984, Rec. de jurisprudence constitutionnelle, 1 - 187.

(٣) 86 - 223 Dc, du 29 Décembre 1986, Rec. de jurisprudence constitutionnelle, 1 - 301.

على أن الدستور أجاز للسلطة التنفيذية أن تمارس عملا من أعمال التشريع في حالتين (الأولى): التفويض، و (الثانية): الضرورة.

١٤٩ - أحوال قيام السلطة التنفيذية بأعمال لها قوة القانون «التشريع»

أجاز الدستور للسلطة التنفيذية القيام بأعمال لها قوة القانون «التشريع» بصفة استثنائية في الحالات الآتية:

(أولاً): تفويض مجلس الشعب، فقد نظمت المادة ١٠٨ من الدستور التي نصت على أن لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها، زال ما كان لها من قوة القانون. ويلاحظ هنا أن التفويض وإن كان هو السند الدستوري لقيام السلطة التنفيذية بتنظيم مسألة مما تدخل في اختصاص السلطة التشريعية، إلا أن ممارسة التفويض ذاته تتوقف على حالة الضرورة القائمة على توفير ضمانات فعالة لتحقيق أهداف معينة من خلال السرعة والمرونة في اتخاذ القرار بقانون مناسب بناء على التفويض.

(ثانياً): الضرورة، وقد نظمتها المواد ١٤٧ و ١٤٨ و ٧٤ من الدستور، والتي تحددها من حالات التفويض التشريعي بنص الدستور، وإعلان حالة الطوارئ، والأزمة الوطنية.

وترتكز حالة الضرورة على اعتبارين هامين،

أولهما: أن نصوص الدستور لا يمكن ضمان تطبيقها إلا بالشروط اللازمة لمواجهة الأزمات التي يمكن أن تواجه البلاد ضمانا للمحافظة على كيان الدولة واستمرارها.

وثانيهما: أن فاعلية الدستور لضمان الحقوق والحريات تتطلب أن يحمل الدستور في ثناياه القواعد التي تمكنه من حمايته تلقائيا حتى يمكنه الاستمرار في أداء دوره بوصفه حاميا للحقوق والحريات. فبدون ضمانات الفاعلية في مواجهة الأزمات، تكون الحقوق

والحريات في مهبط الريح . وقد حاول البعض أن يضع القواعد التي تنظم حالة الضرورة في مرتبة أعلى من الدستور، فقليل عنها بأنها أسمى من الدستورية "supraconstitutionnalité" . فقد ذهب العميد فافوري "Favoreu" إلى أن القضاء الدستوري ينتج مجموعة من المبادئ المشتركة في النظام الدستوري في مختلف البلاد الأوربية يمكن تسميتها بالقواعد العابرة للأوطان التي تسمى على الدستور^(١) . وذهب الأستاذ تروبير "Troper" إلى أنه إذا اعتبرت المحاكم أن الأعمال التي تقع مخالفة للدستور تبررها الضرورة، فإن مبدأ الضرورة يعتبر مبدأ يسمو على الدستور، بل هو المبدأ الوحيد المعترف كذلك^(٢) .

والواقع أنه في مجتمع ديمقراطي تحكمه سيادة القانون، لا يمكن التسليم بوجود قواعد تسمو على الدستور^(٣) ، وخاصة في ظل رقابة دستورية تعطى للدستور معان تقدمية في ضوء التطور. والنصوص التي تضمنها الدستور المصري لمواجهة حالة الضرورة تكشف عن نضج هذا الدستور الذي وضع في ثناياه وسائل حمايته ضمانا للاستقرار وكفالة للحقوق والحريات . وتمثل هذه الوسائل فيما يلي :

(١) التفويض الدستوري: نصت المادة ١٤٧ من الدستور على أنه إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

(٢) حالة الطوارئ: نصت المادة ١٤٨ من الدستور على أن يعلن رئيس الجمهورية

Favoreu, Supra - constitutionnalité et jurisprudence de la juridiction constitutionnelle en (١) droit privé et en droit public français; Revue internationale de droit comparé, 1992, pp. 461, 464.

Torper, La notion de principe supra - constitutionnels, Revue Internationale de droit com- (٢) paré, 1992, p.337.

S. Papasavvas, la justice constitutionnelle à chypre, Economica, 1998, p.149. (٣) انظر:

حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه. وإذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له. وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب.

(٣) الأزمة الوطنية: نصت المادة ٧٤ من الدستور، على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بيانا إلى الشعب، ويجري الاستفتاء على ما اتخذته من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها.

ويستند اختصاص السلطة التنفيذية بالقيام بأعمال لها قوة «التشريع» إلى حالة الضرورة. وقد عبر عن ذلك المجلس الدستوري الفرنسي في قوله بأن واجب الدولة هو كفالة احترام مؤسسات الدولة واستمرار حياة الأمة وضمان حقوق وحرّيات المواطنين، وأن هذه المهام الدستورية الأساسية تقع بوجه خاص على السلطة التشريعية وعلى رئيس الجمهورية وعلى الحكومة - كل في حدود اختصاصه - وعليهم ممارستها مهما كانت الظروف ورغم عدم ملاءمة القواعد الدستورية العادية مع العمل المطلوب لأداء هذه المهام^(١). وذهب المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الشأن بأنه إذا كان المساس بالحرية الشخصية يعتبر غير دستوري في الظروف العادية فإنه يكون صحيحا إذا تم تطبيقه وفقا للنظام القانوني للسلطات الاستثنائية^(٢).

وقالت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن حالة الطوارئ - بالنظر إلى طبيعة المخاطر المرتبطة بها - لا تلائمها أحيانا تلك التدابير التي تتخذها الدولة في الأوضاع المعتادة باعتبار أن طبيعتها ومداهما تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها، ويعتبر لازما لمواجهة تبعاتها، ولا تنص تلك التدابير الاستثنائية بالضرورة على ما يكون ضروريا منها لمواجهة الجرائم التي تهدد أمن الدولة الداخلي أو الخارجي، بل تتناول في عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتتجاوز^(٣).

(١) Dc du 22 Mai 1985, 85-188, Rec. p.15.

وانظر في الموضوع مؤلفنا عن الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٥ ص ٤٥٣-٣٩٩.

(٢) Déc du 12 Janvier 1977, 76-75, Rec. p.23.

(٣) دستورية عليا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣، طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير)، الجريدة الرسمية، العدد ٤ مكررا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣.

هذا وقد نصت المادة الرابعة من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الصادر عام ١٩٦٦ على أنه فى حالة الطوارئ الاستثنائية التى تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف فى هذا العهد أن تتخذ فى أضيق الحدود التى يتطلبها الوضع تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولى وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعى . . إلخ .

وعندنا أن حالة الضرورة تؤدى إلى أمرين : (الأول) هو الخروج عن مبدأ انفراد التشريع فى معالجة مسائل الحقوق والحريات التى ينفرد بتنظيمها وغيرها من المسائل التى يعهد بها إليه الدستور وحده . (الثانى) التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة وفقاً لمعايير جديدة تتفق مع الظروف الاستثنائية التى قامت عليها حالة الضرورة .

وتراقب المحكمة الدستورية العليا المشروعية الدستورية لقرارات السلطة التنفيذية فى حالتى التفويض والضرورة للتحقق من استيفائها للأوضاع المنصوص عليها فى الدستور وعدم تجاوزهما للمقاصد التى استهدفها الدستور .

وعن الرقابة فى حالة التفويض ، قضت المحكمة الدستورية العليا أن السلطة التشريعية الدستورية إذ تفوض رئيس الجمهورية فى مباشرة اختصاصها بتنظيم موضوع معين تنظيمياً تشريعياً ، وإن جاز فى الحدود وطبقاً للشروط التى يبيتها المادة ١٠٨ من الدستور؛ إلا أن هذا التفويض لا يجوز أن ينقل ولايتها التشريعية بأكملها ، أو فى جوانبها الأكثر أهمية ، إلى السلطة التنفيذية ، وإلا كان التفويض مخالفاً للدستور . كذلك ، فإن رئيس الجمهورية إذ ينظم المسائل التى فوض فيها على ضوء القواعد التى تحكمها وفقاً لقانون التفويض ، فذلك بصفة استثنائية ، باعتبار أن هذا الاختصاص ينصب على تقرير قواعد قانونية تسنها السلطة التشريعية أصلاً وفقاً للدستور ، وهو ما يعنى أن يتقيد رئيس الجمهورية - فيما فوض فيه - بالحدود الضيقة التى تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص يتولاه عرضاً ، وعند الضرورة فى أعلى درجاتها ، ولمدة محددة ، وإلا كان مخالفاً للدستور ، وقضت بأنه إذا كان النص المطعون فيه لا يقيد رئيس الجمهورية - فيما فوض فيه - بزمان معين يكون ميعاداً موقوتاً محدد سلفاً من قبل السلطة التشريعية ؛ فإن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بتعديل الجدول المرافق لقانون

الضريبة المطعون عليها، لا يكون منحصرًا بين تاريخين، بل متراميا متحررا من قيد الزمن، وباطلا^(١).

ومن ناحية أخرى، فقد امتدت الرقابة الدستورية للمحكمة الدستورية العليا على ما يمارسه رئيس الجمهورية طبقا لحالة الضرورة المنصوص عليها في المادة ١٤٧/٤ من الدستور للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور لها ولضمان ألا تتحول لهذه الرخصة التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انحرافها^(٢). وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الدستورية العليا. إلا أن البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريع القائم من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجي، إلا أنه لا يصلح سندا لقيام حالة الضرورة المبررة لإصدار القرار بقانون طبقا للمادة ١٧٤/٤ من الدستور إذ لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الضرورة التي تبيح ممارسة سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة ١٤٧ من الدستور^(٣). وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن رقابتها على حالة الضرورة تمتد كذلك عند ممارستها طبقا للمادة ١٧٤ من الدستور^(٤).

-
- (١) دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٢٣ ص ٤٢٤، ٦ إبريل سنة ١٩٩٦ القضية رقم ١٧ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج٧ قاعدة رقم ٣٢ ص ٥٤٥.
- (٢) دستورية عليا ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣١ ص ٢٨٥، ٣ يوليو سنة ١٩٩٥، المجموعة السابقة ج٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥.
- (٣) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بإضافة بند جديد إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠.
- (٤) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٩ المشار إليه في الهامش السابق.

المبحث الثانى نطاق انفراد التشريع فى تحديد الجرائم والعقوبات

١٥٠ - دور التشريع فى تحديد الجرائم والعقوبات:

نصت المادة ٦٦ / ٢ من الدستور المصرى على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . ويقصد بالقانون فى هذا الشأن التشريع ، والذي يتولى سلطته مجلس الشعب طبقاً للدستور (المادة ٨٦) . فالأصل أن التشريع بصفته تعبيراً عن إرادة الشعب ، هو الذى يمكن أن يكون مصدراً للتجريم والعقاب . وطبقاً للدستور ، يتولى مجلس الشعب بوصفه السلطة التشريعية للبلاد وضع جميع النصوص المهيئة للتجريم والعقاب . فلا يجوز إنشاء جريمة أو تقرير عقوبة إلا بتشريع تقره هذه السلطة . ويمتنع على القاضى بناء على ذلك إدانة متهم عن جريمة أو أن يوقع عليه عقوبة ما لم يكن قد صدر بالجريمة والعقوبة تشريع معين . هذا بخلاف القاضى المدنى ، فإنه إذا لم يجد نصاً فى القانون يلجأ إلى مصادر أخرى هى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة (المادة الأولى من القانون المدنى) .

وإذا تعارض نص فى قانون العقوبات مع أحد نصوص المعاهدات المنصوص عليها فى المادة ١٥١ من الدستور ، فإنه يسرى على هذا النص القواعد التى تحكم تطبيق قانون العقوبات من حيث الزمان بما فى ذلك عدم رجعية قانون العقوبات ورجعية قانون الأصلح للمتهم ، وذلك باعتبار أن المعاهدات تأخذ قوة القانون . وخلافاً لذلك نصت بعض الدساتير ، ومنها الدستور الفرنسى على سموها على التشريع (المادة ٥٥) (١) .

ومع ذلك ، فقد خول الدستور السلطة التنفيذية سلطة إصدار اللوائح فى شأن التجريم والعقاب ، فأجاز أن تكون الجريمة أو العقوبة بناء على قانون ، مما يعطى السلطة للمشروع أن يسند للسلطة التنفيذية بواسطة اللائحة تحديد بعض جوانب

(١) وكذلك الشأن بالنسبة إلى الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان حيث لا يجوز التعارض معها .

انظر. Marc Verdmen, cenours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, 1985, pp. 61-70.

التجريم والعقاب . فما هى الطبيعة القانونية لهذه اللائحة ؟ وما هى حدودها فى التجريم والعقاب .

١٥١ - طبيعة وحدود ودور اللائحة فى تحديد الجرائم والعقوبات

تستند ممارسة السلطة التنفيذية لاختصاصها فى تحديد الجرائم والعقاب إلى نص الدستور . فقد نص الدستور على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا «بناء على قانون» . وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المقصود بعبارة «بناء على قانون» والتي وردت فى المادة ٦٦ من الدستور (وسبق ورودها فى المادة ٦ من دستور ١٩٢٣) هو توكيد ما جرى عليه العمل فى التشريع من أن يتضمن القانون ذاته «تفويضا» إلى السلطة التنفيذية المكلفة بسن اللوائح فى تحديد الجرائم وتقرير العقوبات ، مما مؤداه أن المادة (٦٦) من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب ، وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفى الحدود وبالشروط التى يعينها القانون الصادر منها^(١).

ولا يعنى ذلك أن السلطة التنفيذية من خلال ما تملكه من إصدار لوائح تنفيذية ، تستطيع بصفة مطلقة أن تحدد جرائم وعقوبات فى هذه اللوائح ، لأن اللائحة التنفيذية كما بينا من قبل مقيدة بتنفيذ ما حدده التشريع وذلك بمعالجة المسائل التفصيلية ذات الطابع الفنى لتنفيذ إرادة المشرع . كما لا يعتبر اختصاص السلطة التنفيذية فى هذا الشأن مبنيا على التفويض المقرر فى المادة ١٠٨ من الدستور لأن هذه المادة حددت فى عبارات واضحة قاطعة مدلول التفويض وشروطه ، وبمقتضى هذا التفويض تنوب السلطة اللائحية عن السلطة التشريعية فى حدود ما فوضتها به . وليس ذلك هو المراد بعبارة «بناء على قانون» ، فما ينبى على القانون ليس تمثيلا لإرادة واضع القانون ، وإنما هو على العكس مباشرة لرخصة خولها القانون للسلطة اللائحية . ولهذا جاءت المحكمة الدستورية العليا فى مصر ، وقد أكدت المحكمة الدستورية أن اختصاص السلطة التنفيذية بتحديد بعض جوانب التجريم والعقاب لا يعتبر من قبيل اللوائح التفويضية المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور ، ولا يعتبر أيضا محض تنفيذ للقانون فى

(١) «دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ١٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (٧) ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ العدد (١٤) ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ،

إطار اختصاص السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح التنفيذية طبقاً للمادة ١٤٤ من الدستور^(١).

وقد عيّنت المحكمة الدستورية العليا بتحديد السند الدستوري للترخيص للسلطة التنفيذية بناءً على قانون في وضع نصوص تتعلق بالتجريم والعقاب، وهو نص المادة ٢/٦٦ من الدستور سالف الذكر، واعتبرته المحكمة تفويضاً مقررًا بنص الدستور للمشرع في أن يعهد إلى السلطة التنفيذية - ممثلة في أحد فروعها - بأن تحدد بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها، شأنه في ذلك شأن المادة ١٩/٢ من الدستور التي نصت على أنه لا يعفى أحد من أداء الضرائب العامة إلا في الأحوال المبينة في القانون. فهذا النص الدستوري الأخير يخول السلطة التشريعية في أن تفوض رئيس الجمهورية أو أية سلطة إدارية أخرى، ودون أن تتقيد في ممارستها لهذا التفويض بغير الشروط والأوضاع التي اتصل التفويض بها وفقاً للقانون المحدد لها، دون تقيد بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية - دون غيره - في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، وعند الضرورة^(٢). إلا أنه ليس للسلطة التشريعية أن تتخلى كلية عن ولايتها هذه، بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية، وإن كان يكفيها وفقاً لنص المادة ٦٦ من الدستور أن تحدد إطاراً عاماً لشروط التجريم وما يقارنها من جزاء، فلا يعتبر تدخلها عندئذ في المجال العقابي إلا وفقاً للشروط والأوضاع التي نظمها القانون، بما مؤداه أن النصوص القانونية وحدها - بعموميتها وانتفاء شخصيتها - هي التي يدور التجريم معها، ولا يتصور أن ينشأ بعيداً عنها، ولا يعنى ذلك أن للسلطة التنفيذية مجالاً محجوراً تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تابعاً للسلطة التشريعية ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتولاها بمبادرة منها ولا سند لها من قانون قائم^(٣). وهو ما يتطلب أن تكون إحالة التشريع للسلطة التنفيذية

(١) دستورية عليا في ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية، الجريدة الرسمية في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ العدد (٨)، ٦ إبريل سنة ١٩٩١ في القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (١٧)، ٧ مارس سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ العدد (١٤).

(٢) دستورية عليا في ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ العدد (٨).

(٣) دستورية عليا في ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ العدد (٢٩)، وفي ذات المعنى نقض جنائي في ٢٩ يناير سنة ١٩٦٨ الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٣٧ قضائية.

واضحة، وأن يتضمن التشريع التكليف الجنائي وحدود العقاب المقرر على المخالفة^(١). وتطبيقا لذلك، قضى بدستورية المادة ٣٢ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ التي رخصت للوزير المختص (وزير الصحة) تعديل الجداول الملحقة بهذا القانون بالحذف وبالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها، وذلك تأسيسا على المادة ٦٦ من الدستور، تقديرا من المشرع لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومرونة في اتخاذ القرار يمكن معها مواجهة التغيرات المتلاحقة في مسمياتها وعناصرها تحقيقا لصالح المجتمع^(٢). وقضى بدستورية قرار وزير التموين رقم ٢٣٨ لسنة ١٩٨٦ لصدوره في حدود التفويض المنصوص عليه في المادة ٦٦ من الدستور، وبالتالي لا يعد تجريمه تداول بعض السلع أو التعامل فيها أو حيازتها بقصد الاتجار عملا مخالفا للدستور^(٣). وقضى بعدم دستورية البند (ب) من المادة (١٠) من قرار محافظ السويس رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٥ لأنه انطوى على اغتصاب لسلطة عهد بها المشرع لوزير التموين في الحدود التي بينها المادة ٦٦ من الدستور^(٤).

وفي فرنسا نصت المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي على أن التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالجنايات والجناح والعقوبات المطبقة عليها. ونصت المادة ٣٧ من هذا الدستور على أن كل ما لا يدخل في المجال التشريعي يدخل في اختصاص السلطة اللائحية. وفي ضوء هذين النصين نص قانون العقوبات الفرنسي (المادة ١١١/٢) على أن اللائحة تحدد المخالفات وتضع في حدود القانون وما يقرره من تقسيات للمخالفات، العقوبات المطبقة على المخالفين. وقد لاحظ البعض أن ممارسة السلطة التنفيذية اختصاص وضع العقوبات يصطدم بالمادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ التي تسند إلى التشريع وحده سلطة وضع العقوبات. وقد بحث

(١) انظر في هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية الأسبانية رقم ١٢٠ لسنة ١٩٩٨ في ١٥ يونية سنة ١٩٩٨. (Annuaire International de justice constit., 1998, pp. 709-712).

(٢) دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٨١ في القضية رقم ١٥ لسنة ١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢٨ مايو سنة ١٩٨١ العدد (٢)، والقضية ٢١ لسنة ١ قضائية «دستورية»، والقضية رقم ٢٧ لسنة ٢٢ قضائية «دستورية»، والقضية رقم ٣٠ لسنة ١ قضائية «دستورية» بنفس العدد المشار إليه في الجريدة الرسمية. أيضا نقض جنائي في ٣١ مايو سنة ١٩٨١ الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٥٠ قضائية، ونقض جنائي ٢٥ مارس سنة ١٩٧٠ في الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٤٠ قضائية.

(٣) دستورية عليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية، الجريدة الرسمية في ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٢ العدد (٤٩).

(٤) دستورية عليا في ٦ إبريل سنة ١٩٩١ في القضايا رقم ١٦ و ١٧ و ٢١ لسنة ٢١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (١٧)، ٧ مارس سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ العدد (١٤).

مجلس الدولة الفرنسي مدى حق الحكومة في إصدار لوائح تحدد المخالفات وعقوباتها، وأقر بوضوح سلطة الحكومة في هذا الشأن استنادا إلى التفسير بمفهوم المخالفة للمادة ٣٤ من الدستور الفرنسي والذي قصر سلطة التجريم والعقاب على المشرع وحده فيما يتعلق بالجنائيات والجنح فقط، وأن النصوص الخاصة الواردة في هذه المادة تتفوق على الصيغة العامة للمادة (٨) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩. وإذ عرض الأمر على المجلس الدستوري في فرنسا، قرر بأن تحديد المخالفات وعقوباتها تدخل في المجال اللائحي طالما أن هذه العقوبات لا تتضمن تدابير مقيدة للحرية^(١)، إلا أن محكمة النقض الفرنسية أجازت للوائح أن تحدد العقوبات المقررة للمخالفات ولو تضمنت عقوبة الحبس^(٢).

وجاء قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٩٢ والمعمول به اعتبارا من أول مارس عام ١٩٩٤ فألغى عقوبة الحبس في المخالفات.

١٥٢- أنواع اللوائح

يشترط في اللائحة التي تملك التجريم والعقاب أن تكون صادرة بناء على تفويض التشريع للسلطة التنفيذية في هذا الاختصاص. وهذا النوع هو الذي تعنيه المادة ٦٦ من الدستور. ولما كان المشرع ينفرد بحسب الأصل بالتجريم والعقاب، فإن هذا التفويض الذي يعتمد على سند من الدستور لا يخل بهذا الانفراد، وإنما يعطى للسلطة التنفيذية قسطا تباشره في بعض جوانب التجريم والعقاب. فإن كان الأمر متعلقا بالتجريم انفرد التشريع بتحديد الأهداف التي تتوخى اللائحة تحقيقها، أو بتحديد المصالح التي يجب أن تحميها من وراء التجريم. وإن كان الأمر متعلقا بالعقاب انفرد التشريع بتحديد الحددين الأدنى والأقصى من العقوبات الذي يمكن للائحة أن تتحرك بداخلهما، وليس له أن يترك العنان للائحة في تحديد ما تختاره من عقوبات من حيث النوع أو الكم، وإنما يجب أن يتم ذلك في الحدود التي يضعها المشرع في هذا الشأن. ومن ناحية أخرى، فإنه لا تشترط صفة معينة من مصدر اللائحة، فمناطق الأمر متروك للمشرع نفسه في تحديد اختصاص السلطة التنفيذية من خلال اللوائح في التجريم والعقاب. ويجب على التشريع حين يسند للائحة مهمة التجريم والعقاب أن ينص على ذلك صراحة في حدود المبادئ التي يحددها التشريع.

12 Fév 1960, Dalloz, 1960, 263, note l'Huillier.

28 Novembre 1973, D. 1974, p.269.

(١)

(٢)

ويستوى في هذه اللائحة أن تكون من اللوائح الأساسية التي نص عليها الدستور، وهي اللائحة التنفيذية ولائحة الضبط (المادة ١٤٥ من الدستور) واللائحة التنظيمية الخاصة بالمرافق والمصالح العامة (المادة ١٤٦ من الدستور)؛ أو أن تكون من اللوائح غير الأساسية، وهي التي تملكها السلطات الحكومية والإدارية الأخرى مثل مجلس الوزراء، والوزراء في نطاق تنظيم وزاراتهم، والمحافظين في محافظاتهم^(١). وكل ما يشترط أن يخول التشريع لهذه اللائحة سلطة التجريم والعقاب في حدود التشريع.

وبالنسبة للوائح الأساسية، فإن اللوائح التنفيذية لا تملك وضع جرائم أو عقوبات غير تفويض صريح من المشرع، وإنما يجوز للمشرع أن يضع جرائم وعقوبات عند الإخلال ببعض الأحكام الواردة في هذه اللائحة التنفيذية. وفي هذه الحالة يكون النص التشريعي متضمنا بذاته معنى التجريم والعقاب معا، ولكنه يقتصر في تحديد التجريم إلى الإحالة على بعض الأفعال المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية بشرط أن تكون هذه الأفعال مطابقة للمعايير التي وضعها التشريع. وهذه النصوص التشريعية تعتبر بمثابة تشريع على بياض "Loi en blanc". وفي هذه الحالة يتضمن التشريع ذاته القاعدة العقابية أمرا أو نهيا بتجريمها وعقابها، ولكنه يحيل في تحديد الأفعال إلى ما يرد في اللائحة التنفيذية. ولا شك أن عبارة (بناء على قانون) تتسع أيضا إلى هذا المعنى^(٢).

أما لوائح الضبط، فإنها تنظم ممارسة حريات الأفراد بقصد المحافظة على النظام العام والآداب العامة، بما فيها الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة. وقد ثار البحث من الناحية الدستورية حول سلطة إصدار هذه اللوائح. فاتجه البعض في ظل دستور عام ١٩٢٣ إلى تحويل هذه السلطة إلى رئيس الدولة. بينما ذهب الرأي الآخر إلى تحويل الوزير أيضا سلطة إصدار لوائح الضبط استنادا إلى عرف دستوري، وإلى نص المادة رقم ٣٩٥ عقوبات (الملغاة) التي كانت تنص على عقوبة المخالفة عند مخالفة أحكام اللوائح الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو البلدية أو المحلية (أصبحت المادة ٣٨٠ عقوبات). ثم جاء دستور عام ١٩٥٦ فنص صراحة في المادة ١٣٨ منه

(١) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، ود. ماجد راغب الحلوي، مبادئ القانون الإداري، ١٩٩٥ ص ٢٢٢.

(٢) دستورية عليا في ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٤٠ سنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٩٨٠ في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

على أن يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط ، وأجاز له أن يفوض غيره في إصدارها . وكذلك فعل أيضا الدستور المؤقت لعام ١٩٦٤ ، أما الدستور الحالي الصادر عام ١٩٧١ فقد نص في المادة ١٤٥ على أن «يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط» . ولم يرد في الدستور أى نص يخول رئيس الجمهورية حق تفويض غيره في إصدار هذه اللوائح . ومن المسلم به أنه لا يجوز التفويض في الاختصاصات المقررة في الدستور إلا بنص دستوري يسمح بذلك^(١) ، وهو ما فعلته المادة ١٤٤ من الدستور بشأن اللوائح التنفيذية . ولو شاء المشرع الدستوري أن يبيح تفويض الغير في لوائح الضبط ، أو أن يسمح للقانون أن يحدد سلطة أخرى في إصدار هذه اللوائح لنص على ذلك صراحة في المادة ١٤٥ أسوة بما فعل في المادة ١٤٤ المذكورة .

أما بالنسبة للوائح غير الأساسية ، فيلاحظ أن المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٦٩ لسنة ١٩٨٦ قد نصت على أنه يترتب على مخالفة أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو المحلية ، الحكم بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على خمسين جنيها . فإن كانت العقوبة المقررة في اللوائح زائدة على هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها . فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها . وهذه المادة لا تصلح بذاتها أساسا قانونيا لتحويل جهات الإدارة العمومية أو المحلية سلطة التجريم والعقاب فيما تصدره من لوائح عامة أو محلية . فقد جاء هذا النص العقابي المذكور لكي يؤكد تطبيق الغرامة المقررة في تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على قدر معين (خمسين جنيها) ، فإذا خلت من تحديد العقوبة كان الجزاء على مخالفتها غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها . وقد تصور واضح هذا النص أنه يمكن لهذه اللوائح أن تتضمن عقوبات زائدة عن حدود هذا النص (المادة ٣٨٠ عقوبات) ، وهو ما لا تملكه السلطة اللائحية إلا بناء على قانون .

وبالإضافة إلى ذلك ، لا تعتبر المادة ٣٨٠ عقوبات أساسا لتحويل جهات الإدارة

(١) عبد الفتاح حسن ، التفويض في القانون الإداري وعلم الإدارة العامة ص ٩٨ و ١٠٩ والاقتصاد ص ٤٨ ص ١٦٤ ، سعاد الشراوى ، وعبد الله ناصف ، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري سنة ١٩٩٤ ص ٦٢٧ ، ٦٣١ .

سلطة التجريم والعقاب في هذا النوع من اللوائح ، لأن التفويض التشريعي الذي يملكه المشرع طبقاً للمادة ٦٦ من الدستور لإعطائه للسلطة اللائحية يفترض أن يحدد التشريع سلفاً الأهداف التي يجب أن تتوخى هذه اللوائح تحقيقها أو تحديد المصالح التي يجب أن تحميها ، وهو ما لم تفعله ، مما لا يجوز معه اعتبار المادة ٣٨٠ عقوبات المذكورة بمثابة نص تشريعي على بياض .

المبحث الثالث

نطاق انفراد التشريع في تحديد الإجراءات الجنائية

١٥٣- مبدأ انفراد التشريع في تحديد الإجراءات الجنائية

قد تقتضى المصلحة الاجتماعية الحد من حريات الأفراد. ويقدر المشرع حدود هذه المصلحة بوصفه السلطة الممثلة لإرادة المجتمع وسيادته. ويعبر عن هذه الحدود قانون العقوبات من خلال مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون. وعندما تباشر الدولة الإجراءات اللازمة لكشف الحقيقة وتقرير سلطتها في العقاب يبدو خطر المساس بالحرية الفردية من خلال مباشرة هذه الإجراءات. ولذلك يتعين على المشرع أن يتدخل في هذه الحالة لكي يقرر الحدود التي تتطلبها المصلحة الاجتماعية للمساس بالحرية من خلال الإجراءات الجنائية، والسلطة التشريعية هي التي تملك وحدها تقرير القيم الاجتماعية، وجوهر الحرية الشخصية التي لا يجوز المساس بها على الإطلاق، والشروط والأحوال التي يجوز فيها المساس بالحرية في حدود معينة، وذلك بالقدر اللازم لتحقيق التوازن بين مصالح المجتمع وحقوق الفرد.

وبناء على ذلك، فإن القانون وحده هو الذى يحدد الإجراءات الجنائية منذ تحريك الدعوى الجنائية حتى صدور حكم بات فيها، وهو الذى ينظم إجراءات التنفيذ العقابي بوصفها المجال الطبيعي للمساس بالحرية تنفيذا للحكم القضائي.

ويعتبر هذا المبدأ معبرا عن أحد ركائز الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية. وتطبيقا لهذا المبدأ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المشرع - وحده - يملك المساس بحرية الأفراد^(١).

واشترط القانون لتحديد قواعد الإجراءات الجنائية يستند إلى مبدأ عام، وهو الثقة

Cass 1 èr février 1956. D. 1956, p. 365.

(١)

في القانون لتنظيم الحريات . ويرتكز أساس هذا المبدأ على ما تتمتع به قواعد القانون من صفة العمومية والتجريد ، وفي أنه يصدر من سلطة تمثل الشعب . وصفة عمومية القانون وتجريده هي بذاتها ضمان أساسى لأنها تؤكد أن القيود الواردة على الحريات لا تستند إلى اعتبار شخصى ^(١) ، وتضمن مساواة المواطنين عند ممارسة حرياتهم ، كما أن صدور القانون من السلطة التشريعية يكفل تعبيره عن الإرادة الشعبية ، فضلا عن أن الموافقة عليه لا تكون إلا بعد مناقشته علنا أمام ممثلى الشعب ، وفي حضور جميع أصحاب الاتجاهات المختلفة ، بالإضافة إلى الإجراءات البطيئة الشكلية التى يتعين اتباعها قبل الإقدام على أى تعديل للقانون .

والواقع من الأمر ، فإنه في النظم السياسية التى تستند فيها الحكومة على الأغلبية البرلمانية ، يكون من السهل عليها استصدار القوانين المعبرة عن رغباتها ، ولا يكون للتدخل البرلمانى من قيمة إلا في إسباغ الصفة التشريعية على المشروعات الحكومية . ولذلك ، فإن القيمة الحقيقية للقانون في هذه النظم تكون فيما يسبق إصداره من فرصة المناقشة والحوار والتأمل ، حتى لا يكون استجابة سريعة لطلب مستعجل من جانب الحكومة .

وبناء على مبدأ أن القانون وحده هو المنظم للحريات ، جاء مبدأ أن القانون هو الذى ينظم قواعد الإجراءات ، وذلك باعتبار أن هذه الإجراءات تنطوى على مساس بالحرية الشخصية . هذا بالإضافة إلى قواعد الإجراءات الجنائية في حقيقة الأمر تعتبر من المبادئ العامة التى تحكم قانون العقوبات ^(٢) ، باعتبار أنه لا يمكن تطبيق قواعد قانون العقوبات بغير قانون الإجراءات الجنائية . ولما كانت المبادئ العامة لقانون العقوبات تحكم نطاق الجرائم والعقوبات ، فإنها تخضع كذلك حتما لمبدأ الشرعية .

وقد عنيت كثير من الدساتير بإيضاح هذا المبدأ . مثال ذلك الدستور اليابانى (١٩٦٣) فقد نص في المادة ٣١ منه على أنه : (لا يجوز حرمان أحد من حقه في الحياة أو

(١) وقد عبر عن هذا المعنى الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٧٩٣ ، فقال «القانون هو التعبير الحر والرسمى للإرادة العامة ، وهو واحد للجميع سواء من يمجهم أو من يعاقبهم ، ولا يمكن أن يأمر إلا بما هو عدل ومفيد للمجتمع ، ولا يمكن أن ينهى إلا عما هو ضار» .

(٢) انظر : V.GARRABOS; Le domaine de l'autorité de la loi du règlement en matière pénale, thèse, Paris 1970, p. 30.

الحرية، كما لا يجوز توقيع عقوبات جنائية على أحد، ما لم يكن وفقاً لإجراءات يحددها القانون)، ونص الدستور الهندي (١٩٤٩) في المادة ٢١ على أنه: (لا يجوز أن يجرم شخص من حياته أو حريته الشخصية إلا طبقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون). ونص الدستور الإيطالي (١٩٤٧) على أنه لا يجوز حبس أى شخص أو تفتيشه أو التحرى عنه، بأية طريقة من الطرق، كما لا يسمح بأى قيد آخر على الحرية الشخصية إلا بمقتضى إجراء مسبب من السلطة القضائية وفى الأحوال وبالطرق المنصوص عليها فى القانون.

وقد أوضح الدستور الفرنسى (١٩٥٨) هذا المبدأ صراحة فى (المادة ٣٤)؛ فنص على أن يحدد القانون القواعد التى تخص المسائل الآتية: (. . . تحدد الجنايات والجنح والعقوبات المقررة لها والإجراءات الجنائية والعفو وإنشاء الأنواع للمحاكم ونظام القضاء). ويكشف هذا النص مدى الارتباط بين شرعية الجرائم والعقوبات وشرعية الإجراءات الجنائية.

وعنيت المحكمة الدستورية العليا الإيطالية بتقرير أن شرعية الإجراءات الجنائية تسهم فى تحقيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بدقة^(١).

ويتضح هذا المبدأ فى الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١، إذ نص فى المادة ٤١ فيه على أنه لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع. ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لأحكام القانون. كما نص فى المادة ٤٤ على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقاً لأحكام القانون^(٢).

ونص كذلك فى المادة ٤٥ / ٢ على حرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية ولم يجر المساس بها وفقاً لأحكام القانون^(٣).

(١) الحكم الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٩٩، مشار إليه فى مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., p. 93.
(٢) أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها بجلسة ٢ يونيو سنة ١٩٨٤ فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ القضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى تبيح لمأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس تفتيش منزل المتهم لتعارضها مع المادة ٤٤ من الدستور.
(٣) جرم المشرع المصرى الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطن باستراق السمع أو تسجيل أو نقل =

١٥٤- عدم اختصاص السلطة التنفيذية بتنظيم الإجراءات الجنائية

من المقرر أن السلطة التنفيذية لا تملك بواسطة اللوائح أن تستحدث إجراءات جنائية أو أن تجرى أى تعديل على التنظيم التشريعى للحريات . وكل تنظيم لائعى يصدر فى هذا الشأن يجب أن يكون فى نطاق القواعد التشريعية للحريات دون المساس بها أو الانتقاص منها . فإذا سكت المشرع فى مسألة معينة ، فإن اللائحة تلتزم باحترام المبادئ العامة للقانون فضلا عن الدستور^(١) . ومن ثم فاللائحة لا تمارس فى مسائل الحريات إلا اختصاصا تبعيا فى حدود الدستور والقانون وليس لها أى اختصاص أصيل فى هذا الشأن .

هذا بالإضافة إلى أن الأصل فى السلطة التنفيذية أنها لا تتولى التشريع ، وإنما يقوم اختصاصها أساسا على إعمال القوانين وإحكام تنفيذها ، وكل ما تملكه هو إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين^(٢) .

وبناء على ذلك لا يجوز للسلطة التنفيذية بقرار لائعى أن تنظم أية خصومة جنائية سواء من حيث سير إجراءاتها أو من حيث الإحالة إلى المحاكم أو الاختصاص بنظرها . وكل تنظيم إجرائى يصدر بلائحة لأى وجه من الوجوه أو لأى مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية يكون مخالفا للشريعة الدستورية . ولما كان مبدأ تنظيم الحريات بقانون هو من المبادئ الدستورية العامة التى أكدها الدستورى المصرى لسنة ١٩٧١ على ما أسلفنا بيانه ، فإن أى قرار تنظيمى يعالج أمرا يتعلق بالخصومة الجنائية يكون مشوبا بعدم الدستورية . وكل ما تملكه السلطة التنفيذية هو التنظيم اللائعى لما يقرره القانون^(٣) .

=محدثات جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون . وكذلك التقاط أو نقل صورة شخص فى أى مكان خاص ، وذلك عن طريق أى جهاز من الأجهزة ، وكذلك إذاعة أو تسهيل إذاعة أو استعمال ما سبق ولو فى غير علانية ، وشدد العقوبة إذا كان الجانى موظفا عاما (المادتان ٩ و ٣ مكرر و ٣٠٩ مكررا (١) من قانون العقوبات المضافتان بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢) .

(١) Jacques Robert, Libertés publiques, op. cit., pp. 103 et 111. V. Garrabos, thèse, op. cit., p.681.

(٢) دستورية عليا فى يونيو فى سنة ١٩٨٧ القضية رقم ٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٤ رقم ٨ ص ٥٦ ، وفى أول إبريل فى سنة ١٩٨٩ ، القضية رقم ١٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة ج ٤ رقم ٢٣ ص ١٦٥ .

(٣) Droit constitutionnel: droits de l'homme, rapport, op. cit., p.351.

ويجدر التنبيه إلى أنه وإن جاز للسلطة التنفيذية - بناء على القانون - إصدار لوائح تنص على بعض قواعد التجريم والعقاب في حدود معينة، إلا أن هذه السلطة لا تمتد إلى تنظيم الخصوصمة الجنائية، ولو فيما يتعلق بالمخالفات التي نصت عليها اللوائح الإدارية بناء على قانون. فهذه اللوائح تصدر بناء على تفويض السلطة التنفيذية بالتشريع بناء على القانون في بعض جوانب التجريم والعقاب^(١)، وفقا للدستور، ومن ثم فإن نطاقها يظل محصورا بحدود هذا التفويض دون توسع أو قياس عليه. وقد أكد السكرتير العام للحكومة الفرنسية هذا المعنى في اللجنة الاستشارية الدستورية التي نظرت مشروع الدستور الفرنسي الصادر في سنة ١٩٥٨، فقال بأنه على الرغم من أن تحديد المخالفات والعقوبات المقررة لها يدخل بحسب الأصل في السلطة اللاتحجية، إلا أن الإجراءات الواجب اتباعها للبحث والتحقيق والعقاب عن المخالفات، وكذلك أيضا الموضوعات المتعلقة باختصاص البوليس، كل ذلك يدخل في نطاق القانون.

ولا يجوز للمشرع أن يتنازل عن اختصاصه بتحديد قواعد الإجراءات الجنائية بجميع أنواعها، وذلك لاتصالها بالحرية الشخصية للمواطنين، فإذا جاء القانون وفوض السلطة المكلفة بتنفيذ القانون أو تطبيقه في وضع قواعد إجرائية معينة، فإنه يكون مخالفا للدستور.

وقد ثار البحث في فرنسا حول مدى دستورية قانون الإجراءات الجنائية حين يفوض السلطة القضائية في تحديد اختصاص المحكمة، وكان ذلك بصدد المادة ٢٩٨/١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي التي خولت رئيس المحكمة الابتدائية أن يحدد بصفة نهائية المحكمة التي تحال إليها الدعوى وما إذا كانت من المحاكم المشكّلة من ثلاثة قضاة أو من قاض واحد. وقد طعن ٦٩ عضوا من أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي بعدم دستورية هذا النص أمام المجلس الدستوري، بناء على وجهين هما مخالفته لمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء، ومخالفته لمبدأ محاكمة المواطنين أمام محكمة متعددة القضاة. وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٣ يوليو في سنة ١٩٧٥ عدم

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في ٦ إبريل سنة ١٩٩١ في القضية رقم ١٦ و ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٧) بتاريخ ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١، وحكمها في ٧ مارس سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٤) بتاريخ ٢ إبريل سنة ١٩٩٢.

دستورية هذا النص^(١). وقد أسس المجلس الدستوري قراره بناء على عدة أسباب يهمننا في هذا المقام الإشارة إلى سبب منها تصدى له المجلس من تلقاء نفسه، وهو مخالفة النص لمبدأ اختصاص المشرع وحده بتحديد قواعد الإجراءات الجنائية طبقا للمادة ٢٤ من الدستور الفرنسي^(٢).

ووفقا لهذا السبب من عدم الدستورية، فإن المشرع لم يمارس بنفسه الاختصاص الذى خوله إياه الدستور، بل عهد به إلى سلطة أخرى، بينما لا يجوز للمشرع الذى فوضه الدستور فى إصدار قواعد معينة، أن يفوض بدوره هذا الاختصاص إلى سلطة أخرى. وكان من الواجب تحديد المحكمة المختصة بناء على نص القانون مباشرة، لا من خلال قرار يصدره رئيس المحكمة فى حدود سلطته التقديرية بدون التقيد بمعايير موضوعية حددها القانون. فمثل هذا التفويض الفرعى من جانب المشرع يعتبر تخليا عن اختصاصه الذاتى فى مسألة تتعلق باستعمال حريات المواطنين^(٣).

١٥٥- ماهية قواعد الإجراءات الجنائية

يدق الأمر عند تحديد المقصود بقواعد الإجراءات الجنائية لثلاثة أسباب هى أن قانون الإجراءات الجنائية لا يتضمن تعريفا لما يسمى بالإجراء الجنائى، والثانى أن قانون الإجراءات الجنائية لا يضم بالضرورة جميع القواعد الإجرائية، فهناك نصوص كثيرة خارج مدونة هذا القانون تنظم الإجراءات الجنائية. وأخيرا، فإن بعض النصوص الواردة فى قانون الإجراءات الجنائية لا ينطبق عليها وصف القواعد الإجرائية بالمعنى الدقيق.

وفى ضوء أهداف قانون الإجراءات الجنائية وطبيعته، يمكن تحديد قواعد الإجراءات الجنائية، بأنها القواعد التى تضع الإجراءات اللازمة لكشف الحقيقة وذلك من أجل

(١) انظر: V.Garrabos, thèse, op. cit., pp. 634 et 635.

(٢) وقد أسس المجلس قراره أيضا على الإخلال بمبدأ المساواة أمام القضاء ولم يبحث المجلس وجه الطعن الخاص بمخالفة مبدأ محاكمة المواطنين أمام محكمة متعددة القضاة.

Décision du 23 juillet 1975, J.O. 107 éme année, No. 170, p. 7533.

(٣) Jurisprudence du conseil constitutionnel, Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1075, No.5 p. 1318 - 1323.

تحقيق فاعلية العدالة الجنائية (تطبيق قانون العقوبات وتعويض المتضرر بواسطة المحكمة الجنائية) والتي تحدد أيضا الجهات القضائية المختصة بتطبيق هذه القواعد.

والمرجع في تحديده لقواعد الإجراءات الجنائية يجرى التوازن الضروري بين حماية الحرية الشخصية وما يتعلق بها من حقوق الإنسان، وحماية المصلحة العامة (فاعلية العدالة الجنائية).

وبدون هذا التوازن لن تتحقق حماية الحرية وحقوق الإنسان بوصفها أساسا للشرعية الإجرائية، ذلك أنه بدون فاعلية العدالة الجنائية لا يمكن ضمان ممارسة الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان. وكما عبرت المادة الرابعة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، فإن الحرية تكون في مباشرة كل ما لا يلحق الضرر بالغير.

ومقتضى ذلك أن ممارسة الفرد للحقوق والحريات لا تكون على حساب مباشرة الغير لهذه الحقوق. والمرجع وحده هو صاحب الاختصاص في وضع حدود ممارسة حريات الناس وحقوقهم حتى لا تتضارب الحريات وتتنازع فيما بينها.

وقد قيل بأن اختصاص المشرع بإجراء التوازن الضروري بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة هو عنصر أساسى في النظرية العامة للحريات، وأن الإجراء الجنائى هو توأم الحرية^(١).

١٥٦- ما لا يصلح مصدرا لتحديد الإجراءات الجنائية

لا تصلح منشورات وزير العدل وتعليقات النائب العام مصدرا للإجراءات الجنائية. وكل نص في هذه المنشورات أو التعليقات صدر في حدود السلطة الإدارية للوزير أو للنياحة العامة ويقتصر نطاقه على تنظيم سير العمل.

على أنه إذا تناولت تعليقات النائب العام موضوعات تتصل بإجراءات الاتهام التى يباشرها أعضاء النيابة العامة نيابة عن النائب العام (المادة ١/٢ إجراءات)، فإن مخالفة هذه التعليقات تنطوى ضمنا على خروج أعضاء النيابة العامة عن اختصاصهم المبين في

Droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapport op. cit., p. 193.

(١)

وانظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٧ يوليو في سنة ١٩٨٣ مشارا إليه في ذات التقرير ص ١٩٣.

قانون الإجراءات الجنائية، وهو ما يعتبر مخالفا لهذا القانون. وكل جزاء إجرائي يرتبه القانون ينجم بسبب هذه المخالفة.

ومن ناحية أخرى، فإن المادة ٤٤ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ قد نصت على حالتين تلتزم فيهما محكمة الموضوع باتباع حكم محكمة النقض. والحالة الأولى تتعلق بالحكم المطعون فيه إذا صدر بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى ونقضته محكمة النقض وأعدت القضية إلى المحكمة التي أصدرته لنظر الموضوع، فلا يجوز لهذه المحكمة أن تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض. ففي هذه الحالة تلتزم محكمة الموضوع المحالة إليها الدعوى للمرة الثانية باتباع حكم محكمة النقض خلافا للأصل العام بشأن وساطة محكمة الإحالة. ولكن ذلك لا يعنى أن قضاء النقض في هذه الحالة يأخذ حكم القواعد المجردة التي تسرى على جميع القضايا الأخرى، أما الحالة الثانية من المادة ٤٤ سالفة الذكر، فتتعلق بالحكم الذي تصدره الهيئة العامة للمواد الجزائية بمحكمة النقض، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تحكم بعكسه، على أن هذا التقيد نسبي بحت، فلا يمتد إلى غير القضية التي صدر بشأنها حكم الهيئة العامة للمواد الجزائية. فهذا الحكم - كذلك - لا يعتبر مبدأ عاماً تقيد به جميع المحاكم مستقبلاً، ومن ثم لا يتضمن أى قاعدة عامة مجردة.

وقد ثار البحث في اليابان حول مدى سلطة المحكمة العليا في إنشاء قواعد إجرائية، بناء على أن الدستور الياباني نص في (المادة ٧٧) على أن تتولى المحكمة العليا إصدار اللوائح التي تنظم إجراءات المحاكمة. وقد ذهب الفقه الياباني إلى أن هذا النص لا يخل بالأصل العام المنصوص عليه في المادة ٣١ من الدستور الياباني، وهو أن يكون التشريع وحده مصدر كل إجراء. وبناء على ذلك فإن سلطة المحاكم في وضع قواعد إجراءات المحاكم يجب أن تكون محض تطبيق لنصوص القانون، وهو الأعلى مرتبة من أى قواعد أخرى تضعها المحكمة^(١).

وقد نصت المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨

George Fred SHICEMITSU ADNDO, Japanese criminal procedure (Translated by B.J. B., (١) Rothman and co.,) south hackensack, N. J. 1965, p.21 and 22.

لسنة ١٩٧٩ على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بالقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها». وهذا التفسير كاشف عن المقاصد الحقيقية التى توخاها المشرع عند إقرار القانون ويعبر عن إرادته الحقيقية التى يفترض فى هذه النصوص أن تكون معبرة عنها مبلورة لها، فهو لا ينشئ حكما جديدا، بل يعتبر قرار المحكمة بالتفسير مندمجا فى النص موضوعه وجزءا منه لا يتجزأ، وساريا بالتالى منذ نفاذه. ومن ثم فإن هذا القرار لا يعتبر بذاته مصدرا لقواعد قانون الإجراءات الجنائية محل التفسير، بل هو إعلان لإرادة المشرع التى حمل هذه القواعد عليها منذ صدورها.

١٥٧- نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بتحديد الإجراءات الجنائية فى حالة الطوارئ

يكون إعلان حالة الطوارئ لمواجهة نذر خطيرة تتهدد معها المصالح القومية، وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها للخطر الداهم، وهذه الحالة لا تلائمها أحيانا الإجراءات التى تنص عليها القوانين العادية فى الأوضاع المعتادة، ذلك أن طبيعة حالة الطوارئ ومداها تفرض من الإجراءات الاستثنائية ما يناسبها، ويعتبر لازما لمواجهة بقائها. وكما تقول المحكمة الدستورية العليا فى مصر فإن هذه الإجراءات الاستثنائية (لا تقتصر بالضرورة فيما يكون ضروريا فيها لمواجهة الجرائم التى تهدد أمن الدولة الداخلى أو الخارجى، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتجاوزه، ولا نزاع فى خطورتها أو فى اتحادها معها فى علة خضوعها لتلك التدابير الاستثنائية التى يقتضيها سرعة الفصل فيها ردعا لمرتكبيها وحفاظا على سلامة القومية بما يكفل تأمينها مما يخل بها ولو بطريق غير مباشر).

وقد جاء القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ فأجاز لرئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة بعض جرائم القانون العام

(١) قرار المحكمة الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير»، الجريدة الرسمية، العدد ٤ مكررا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣.

(المادة ٩). كما أجاز لرئيس الجمهورية «في قضايا معينة» أن يأمر بتشكيل دوائر أمن الدولة العليا من الضباط بوظيفة النيابة العامة (المادة ٨/٢) في وقت لم يكن للقضاء العسكري فيه كيان متكامل يمكن الإحالة إليه مباشرة، وهو ما استجد بموجب قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠. كما أجاز هذا القانون أن يتضمن الأمر بتشكيل محاكم أمن الدولة من الضباط للإجراءات التي تتبع أمامها (المادة ٨/١) وأجاز له أن يحدد في الأوامر التي يصدرها الإجراءات والقواعد التي تختص بها هذه المحاكم (المادة ١٠/١). ووضح من هذه النصوص أنه في حالة الطوارئ فإن قواعد الإجراءات الجنائية قد يكون مصدرها قرار رئيس الجمهورية - وذلك تطبيقاً للمادتين ٨ و ١٠ من قانون الطوارئ - سالفتي الذكر. وهو ما يتفق مع طبيعة حالة الطوارئ - والتي تستند إلى حالة الضرورة - والتي تضيء نوعاً من الشرعية الاستثنائية - على القواعد القانونية التي تصدر طبقاً لمقتضيات هذه الحالة، ومنها توسيع نطاق السلطة التنفيذية في مسائل تدخل في أحوال الشرعية العادية - في نطاق السلطة التشريعية. وكما أن الأوامر العسكرية قد تكون مصدراً للجرائم والعقوبات، فإنها قد تكون أيضاً مصدراً للإجراءات الجنائية.

ومن ناحية أخرى، فإن قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، قد أجاز في المادة ٦/٢ المعدلة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكري أيّاً من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو أي قانون آخر. وقد قضت المحكمة العليا^(١) (التي كان لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا) أن سلطة الإحالة إلى القضاء العسكري لا تنشئ اختصاصاً للقضاء العسكري ولا تعدو أن تكون أداة لتنفيذ حكم الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية المضافة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ التي خولت للقضاء العسكري ولاية الفصل في الجرائم كافة عند قيام حالة الطوارئ على النحو المتقدم ذكره^(٢). وميزة

(١) المحكمة العليا في ٦ نوفمبر سنة ١٩٧٦ في الدعوى رقم ١ لسنة ٦ قضائية وفي ٣ إبريل سنة ١٩٧٦ في الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية.

(٢) المحكمة الدستورية العليا في ٣ ديسمبر في عام ١٩٩٢ في القضيتين رقمي ٢٣ و ٢٤ لسنة ١٩٩٢ جنائيات إدارة المدعى العام العسكري.

هذا الحكم هو إضفاء القيمة الدستورية لهذا النص ، وتقرير أن الاختصاص يستند إلى قانون الأحكام العسكرية وليس إلى قرار الإحالة ، أى أن الإحالة لا تنشئ الاختصاص لأنه محدد سلفاً بنص القانون .

وقد أثير خلاف في التطبيق حول تفسير المادة ٦ / ٢ من قانون المحاكم العسكرية بين محكمتين تابعتين لجهتين قضائيتين مختلفتين إحداهما هي المحكمة العسكرية العليا وأخرها هي محكمة القضاء الإداري . فقد ذهبت المحكمة العسكرية العليا^(١) إلى أن كلمة (الجرائم) الواردة في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية يتسع مدلولها ليشمل كل جريمة معاقبا عليها قانونا سواء كانت محددة بنوعها تحديدا مجردا أم كانت معينة بذاتها بعد ارتكابها فعلا . وذهبت محكمة القضاء الإداري^(٢) وجهة نظر أخرى مناقضة لها ، فقد قصرت كلمة (جرائم) الواردة بنص هذه الفقرة على تلك التي يكون المشرع قد حددها بنوعها تحديدا مجردا . وأمام هذا الخلاف طلب وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء من المحكمة الدستورية العليا تفسير نص المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية الصادرة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ . وقد قررت المحكمة الدستورية العليا أن مجابهة المخاطر التي تفترض السلامة القومية - ما كان منها حالا أو وشيكاً - تمثل إطاراً للمصلحة الاجتماعية التي أقر المشرع على ضوءها ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ من تحويل رئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكري أيّاً من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر ، وأن هذه المصلحة الاجتماعية تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعاً لها نطاق تطبيق هذه الفقرة . وقالت المحكمة الدستورية العليا في قرار التفسير أن السلطة المخولة لرئيس الجمهورية محددة على ضوء المصلحة الاجتماعية التي سلف الإشارة إليها ، كان ملحوظاً فيها ألا يكون اختصاص رئيس الجمهورية - في أعمال الفقرة الثانية من (المادة ٦) المشار إليها - منحصر في الجرائم المنصوص عليها فيها المحددة بنوعها تحديداً مجرداً ، وإنما يتناول هذا الاختصاص كذلك

(١) محكمة القضاء الإداري في ٨ ديسمبر في سنة ١٩٩٢ في الدعوى رقم ٧٦٣ لسنة ٤٧ قضائية .

(٢) في ٣ يناير في سنة ١٩٩٣ ، انظر: طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢٥ قضائية (تفسير) ، سالف الإشارة إليه .

جرائم بذاتها مما تنص عليه الفقرة الثانية يحيلها رئيس الجمهورية بعد وقوعها . وانتهت المحكمة في قرار التفسير إلى عبارة (أيًا من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر) الواردة في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية يقصد بها الجرائم المحددة بنوعها تحديدا مجردا وكذلك الجرائم المعينة بذواتها بعد ارتكابها فعلا^(١).

(١) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٣ مايو في سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٥١٥ لسنة ٣٩ قضائية عليا .

الباب الثانى

اليقين القانونى الجنائى

١٥٨- فكرة عامة

جاء مبدأ الشرعية الجنائية لى يحقق هدفين مهمين : أولهما ، استئثار المشرع وحده بمسائل الحقوق والحريات . وثانيهما ، أن يحيط الناس علماً بالتجريم والعقاب وما قد يتهدد حرياتهم قبل إتيان أى فعل يعرضهم لذلك^(١) . وهو ما يسمى باليقين القانونى الجنائى . وإذا كان الهدف الأول يتحقق بمبدأ انفراد التشريع ، فإن الهدف الثانى ، وهو اليقين القانونى الجنائى يتحقق بأن يعرف المواطن بوضوح وتحديد الأفعال التى قد يتعرض لها . وهو ما يقتضى صفات خاصة فى النصوص الجنائية ، وفى تفسيرها ، وفى نطاق تطبيقها . وهو ما نبثه فى الفصول الآتية .

ولهذا يعتبر اليقين القانونى الجنائى الركيزة الثانية لمبدأ الشرعية الجنائية . فإذا كانت الركيزة الأولى تتمثل فى انفراد التشريع فى النص على القواعد الجنائية ، فإن الركيزة الثانية تتمثل فى اليقين القانونى الجنائى . ذلك أن جوهر الشرعية ليس فى مجرد صدور القواعد الجنائية بإرادة الشعب من خلال التشريع ، وإنما أيضاً وبذات الأهمية والدقة ، أن يكون المخاطبون بهذه القواعد على وعى وإدراك وإحاطة بهذه القواعد قبل الإقدام على تطبيقها عليهم ، وذلك بالنظر إلى ما تنطوى عليه من مساس بالحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات سواء عن طريق التجريم والعقاب أو عن طريق الإجراءات الجنائية .

ويتعين فى هذا المجال التمييز بين القواعد الجنائية التى تحكم الواقعة الإجرامية من حيث التجريم والعقاب ، والقواعد غير الجنائية التى تحكم المراكز القانونية التى يحميها قانون العقوبات . وتبدو أهمية هذا التمييز فى أن اليقين القانونى الجنائى ينصرف إلى

(١) انظر : Renée Kolering - Joulin et Jean - François Seuvic; Droits fondamentaux et droit criminel, l'actualité juridique, Juillet - Août 1998, p.108.

القواعد الجنائية وحدها دون القواعد غير الجنائية ، وذلك باعتبار أن الشرعية الجنائية تتوقف على قواعد التجريم والعقاب .

١٥٩- التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية

تحكم القواعد الجنائية الواقعة الإجرامية من حيث التجريم والعقاب . ويتحقق ذلك فيما يتطلبه التجريم من تكليف بأمر أو نهى يتوجه به المشرع الجنائي إلى المخاطبين بهذه القواعد ، ويترتب على مخالفة التكليف الذى تتضمنه القاعدة الجنائية عقاب معين^(١) . وتعتبر عن القواعد الجنائية نصوص قانون العقوبات سواء وزعت هذه القواعد بين نص أو أكثر . وبهذه النصوص وحدها يتحدد التجريم والعقاب . ولما كان التجريم والعقاب يستهدفان حماية حقوق معينة أو حماية المصلحة العامة ، فإن هذه الحقوق أو المصلحة العامة قد تتحدد من خلال مراكز قانونية يجب توافرها ابتداء . مثال ذلك حماية حقوق الدائن فى عقد الأمانة فى مواجهة انتهاكها فإنها تفترض وجود عقد الأمانة ابتداء ، وحماية حقوق الزوجية فى مواجهة الزنا فإنها تفترض وجود عقد الزواج ، وحماية المعاملات بواسطة الشيكات فى مواجهة إصدارها بدون رصيد فإنها تفترض وجود الشيك ابتداء ، وحماية الوظيفة العامة فى مواجهة الاعتداء على واجباتها وكرامتها فإنها تفترض توافر صفا الموظف العام ابتداء . وبعض الحقوق - وكذلك المصلحة العامة - التى يحميها قانون العقوبات تعتبر مراكز قانونية تخضع فى تحديدها لقواعد غير جنائية . ويتعين فى هذا الحالة توافر هذه المراكز ابتداء كشرط مفترضة قبل إعمال القاعدة الجنائية ، وذلك لأد بعض القواعد الجنائية بما تتضمنه من تجريم أو عقاب إنما يتوقف نطاق تطبيقها على إعمال القواعد غير الجنائية فيما تحدده من مراكز قانونية تحميها القواعد الجنائية .

ويتعين التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية فى الأمور الآتية :

(١) تتضمن القاعدة الجنائية شقين ، أولهما هو التكليف الجنائي (الأمر والنهى) ؛ وثانيهما هو الجزاء الجنائي (العقوبة) المترتب على مخالفة التكليف الجنائي ؛ بخلاف القاعدة غير الجنائية فإنها تحدد المراكز القانونية المترتبة على علاقة قانونية ، دون أن تندمج فى التكليف الجنائي الذى تتضمنه القاعدة الجنائية .

(٢) تمس القاعدة الجنائية بما تقرره من تجريم وعقاب حقوق المخاطبين بها بالقدر الضرورى والمناسب للتدخل الجنائي من أجل حماية الحقوق والحريات والمصلحة

(١) انظر: الدكتور عبد الفتاح الصيغى ، قانون العقوبات ، النظرية العامة ، بند ١٠ ص ٢٧ و ٢٨ .

العامه . وهذه المصلحة المحمية قد يرتبط تحديدها بمراكز قانونية تقررها القاعدة غير الجنائية ، وذلك باعتبار أن هذه الحماية يكفلها أصلا التشريع غير الجنائي الذى أنشأ هذه المراكز وحددها . إلا أن التدخل الجنائي لا يكون إلا لتقرير حماية جنائية أوجبتها الضرورة الاجتماعية ، فلا يوجد أدنى تطابق بين الحماية غير الجنائية التى قامت عليها المراكز القانونية وبين الحماية الجنائية التى يكفلها قانون العقوبات لهذه المراكز القانونية لضرورة اجتماعية تتفق مع وظيفة قانون العقوبات .

فالقاعدة غير الجنائية تكفل بعض المصالح المحمية من خلال المراكز القانونية التى تحددها وتنشئ لصاحبها بمقتضاها حقوقا معينة وتفرض عليها التزامات معينة . أما القاعدة الجنائية فإنها لا تتدخل لحماية هذه المصالح إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة اجتماعية وبقدر من التناسب بين الجزء الجنائي والفعل محل التجريم . مثال ذلك عقد الأمانة ، فإنه إذا كان القانون المدنى يحدد حقوق طرفى العقد ، فإن قانون العقوبات لا يتدخل لحماية هذه الحقوق إلا بالقدر الضرورى عندما تقع خيانة للأمانة على النحو الذى حددته المادة ٣٤١ هذا القانون ، لا بمجرد الإخلال بالتزامات أحد المتعاقدين . وإذا كان قانون التجارة يحدد حقوق أطراف الشيك كورقة تجارية ، فإن قانون العقوبات لا يتدخل لحماية حقوق المستفيد فى مواجهة الساحب إلا إذا تطلبت الضرورة ذلك من خلال ارتكاب أفعال معينة مثل إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف (المادة ٥٣٤/١ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة) . فليس صحيحا - كما ذهب البعض - أن قانون العقوبات يتبع القوانين غير الجنائية وأن المصلحة المحمية جنائيا تطابق المصلحة التى يحميها القانون غير الجنائي^(١) ، ذلك أن التجريم والعقاب يتوقف على معيار الضرورة والتناسب - كما سنين فيما بعد . ووفقا لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعا لقانون غير جنائي ، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب . ومن ثم فالحماية غير الجنائية للمصالح المتولدة من المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها ؛ لأن هذا النوع الأخير من الحماية مقيد بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي ، وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية .

(٣) تحدد القاعدة غير الجنائية الشروط الواجب توافرها ابتداء قبل وقوع الجريمة

(١) انظر فى هذا المعنى : Decoca André; La structure de la qualification légale - Cours de droit pénal approfondi - Université du Caire 1968-1969, pp. 9-128.
وانظر فى نقد هذا الاتجاه : الدكتور عبد العظيم وزير، الشروط المفترضة فى الجريمة، طبعة ١٩٨٣، ص ١٨٣ و ١٨٤ .

بينما تستأثر القاعدة الجنائية بتحديد أركان هذه الجريمة وعقوبتها. ولا تتدخل القاعدة غير الجنائية لتحديد مجال التجريم والعقاب؛ لأن المراكز القانونية الناشئة أو المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية إلا بحكم الضرورة والتناسب كمعيار للتجريم والعقاب. وتتجلى الضرورة والتناسب في أفعال محددة يحددها الركن المادى للجريمة ورابطة نفسية معينة يحددها ركنها المعنوى، وهو ما لا تتطلبه حماية المراكز القانونية وفقاً للقاعدة غير الجنائية. ومن ثم، فإن القاعدة غير الجنائية يقتصر دورها على تحديد المراكز القانونية وحمايتها في مجال واسع بخلاف القاعدة الجنائية، فإنها تحدد مجال الحماية الجنائية التي تضيفها على هذه المراكز في مجال ضيق يتحدد وفقاً لمعيار الضرورة والتناسب، وهو مجال أضيق مما تضيفه الحماية غير الجنائية. على أن ذلك لا يمنع من وجوب توافر المراكز القانونية التي تحددها القاعدة غير الجنائية، لأن المشرع الجنائي يفترض هذا التوافر ابتداءً ثم يختار بعد ذلك ما يراه من مصالح قانونية متولدة عنها (الحقوق والحريات والمصلحة العامة) لكي يضيف عليها حماية بالقدر الضرورى المتناسب.

على أنه في بعض الأحوال تتدخل القواعد غير الجنائية في تحديد مضمون شق التكليف الجنائي. مثال ذلك قرار وزير التموين بالتسعير الجبرى، والقرار اللائعى بتحديد الرسوم الجمركية. ففي هذه الحالة يندمج شق التكليف الجنائي الوارد في القاعدة الجنائية التي تعاقب على البيع بأكثر من التسعيرة، أو تعاقب على عدم أداء الرسوم. وهنا تحدد القواعد غير الجنائية مضمون التكليف الجنائي، فتعتبر النصوص المعبرة عن هذه القواعد مع النصوص المعبرة عن القواعد الجنائية كلاً لا يتجزأ. وواقع الأمر، فإن القاعدة الجنائية في هذه الحال تكون بمثابة قاعدة على بياض، تملأ بياضها القاعدة غير الجنائية.

ويختلف هذا النوع السابق من القواعد غير الجنائية المندجة في القواعد الجنائية، عن القواعد غير الجنائية (الخالصة) في أن الأولى تحدد الأفعال أو النواهي التي تعاقب عليها القواعد الجنائية، كما في المثالين السابقين. أما القواعد غير الجنائية (الخالصة)، فإنها تقتصر على تحديد الشروط المفترضة السابقة على التكليف الجنائي، أى السابقة على الركنين المادى والمعنوى للجريمة. مثال ذلك عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة، فإن القاعدة المدنية تحدد ماهية هذا العقد وأركانه، أما القاعدة الجنائية فإنها تحدد الأفعال المعاقب عليها إخلالاً بهذا العقد (وهى الاختلاس والتبديد والاستعمال)، ولا تعاقب على كل صور الإخلال بالتزامات هذا العقد. وكذلك الشأن بالنسبة إلى الشيك في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، فإن القاعدة التجارية تحدد المقصود بالشيك، أما

القاعدة الجنائية ، فإنها تحدد الأفعال المعاقب عليها إخلالا بنوع من الالتزامات المترتبة على إصداره ، ولا تعاقب على كل صور الإخلال بالالتزامات المترتبة على إصدار الشيك .

ويبين مما تقدم أنه رغم وحدة المراكز القانونية المحمية بالطريقتين الجنائى وغير الجنائى إلا أن محل الحماية قد يختلف في كل منهما^(١) . ففي المسائل الجنائية تختار الضرورة والتناسب ما يرتبط بالمصلحة العامة الاجتماعية ، حتى ولو كان من حقوق الأفراد وحرياتهم التى يحميها القانون من زاوية فردية بحتة .

وهناك أحوال أخرى يلعب فيها المركز القانونى المفترض توافره قبل وقوع الجريمة ، دورا في تحديد الوصف القانونى للجريمة ، مثل صفة الموظف العام في جنابة الرشوة أو جنابة الاختلاس وجرائم الباب السادس من الكتاب الثانى من قانون العقوبات في تطبيق أحكام الباب الرابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات . وقد يلعب المركز القانونى دورا في تحديد الظرف المشدد للجريمة مثل صفة الجانى في جريمة الاغتصاب (المادة ٢٦٧/٢ عقوبات) .

(٤) تخضع المسائل غير الجنائية التى تنظمها القواعد غير الجنائية التى تفصل فيها تبعا للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل (المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية) . وهو ما يؤكد أن المسائل غير الجنائية لا تندمج في المسائل الجنائية .

وبناء على كل ما تقدم ، فإن مجال اليقين القانونى الجنائى ينحصر في القواعد الجنائية لا القواعد غير الجنائية (عدا ما يندمج في القواعد الجنائية لأنه يملأ بياضها فيما يتعلق بشق التكليف الجنائى) على النحو الذى أسلفنا بيانه ؛ مما يترتب عليه أن ضمان عدم رجعية قانون العقوبات ، وضمان رجعية القانون الأصلح للمتهم يقتصر على القواعد الجنائية وحدها دون القواعد غير الجنائية (الخالصة) التى تقتصر على تحديد ما يسمى بالشروط المفترضة للجريمة والتى تكفل تحديد المراكز القانونية المحمية . ومن ناحية أخرى ، فإن نطاق تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان لا يتوقف على مكان وقوع الأعمال أو الوقائع غير الجنائية التى تعتبر شروطا مفترضة لوقوع الجرائم ، لأنها لا تعتبر جزءا في الجريمة .

(١) يتجلى ذلك بوضوح في الأحوال التى تكفى فيها محكمة النقض بالظاهر ، كما هو الحال بالنسبة إلى عقد الأمانة الباطل والشيك الباطل ، ففي هذه الحالة تكون المصلحة المحمية منبثقة من عقد الأمانة أو ظاهر الشيك وليس بالعلاقة القانونية المنبثقة منها . انظر بالنسبة للشيك الباطل : نقض جنائى ٦ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٣٣ ص ١٢٤ ، وانظر بالنسبة لعقد الأمانة الباطل : نقض جنائى ٢٤ مايو ١٩٣٧ مجموعة القواعد ج ٤ رقم ٨٧ ص ٧٤ ، ٢١ مارس سنة ١٩٣٨ ج ٤ رقم ١٨٣ ص ١٧١ . وانظر مؤلفنا «الوسيط في قانون العقوبات» (القسم العام) طبعة ١٩٩٦ ص ٢٧ .

الفصل الأول

الصفات الخاصة في النصوص الجنائية

١٦٠- تمهيد

تتطلب الشرعية الجنائية أن تستوفي نصوص التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية خصائص معينة، بدونها لا تتحقق الشرعية. فيجب أن تكون هذه النصوص مكتوبة، واضحة محددة، تتكامل مع سائر النصوص التي تضع القواعد العامة سواء في مجال التجريم والعقاب، أو في مجال الإجراءات الجنائية، وفيما يلي نستعرض هذه الخصائص . .

١٦١- (١) أن تكون النصوص مكتوبة

هذا الشرط مستخلص بداهة من وجوب أن يكون التشريع مصدرا للقواعد الجنائية، إلا أن فكرة الشرعية الجنائية تقتضى هذا الشرط لأنها تتطلب أن يكون المخاطبون بالقواعد الجنائية عالمين بها سلفا. هذا فضلا عما يوفره هذا الشرط من استقرار في المفاهيم لتأكيد علم الناس بالأوامر والنواهي التي تعبر عنها القواعد الجنائية.

وبناء على ذلك، فلا يصلح العرف ولا العادة مصدرا للتجريم والعقاب. ومع ذلك، فإن قانون العقوبات قد يعتمد في تحديد النموذج القانوني للجريمة على أفكار غير جنائية تحكمها فروع أخرى غير قانون العقوبات، مثل القانون المدني بالنسبة إلى عقود الأمانة في جريمة خيانة الأمانة، والقانون التجاري بالنسبة إلى الشيك والإفلاس في الجرائم المتعلقة بهما، وبالنسبة إلى العلامات التجارية في جرائم تقليدها^(١). وقد يتطلب الأمر الرجوع إلى علوم غير قانونية لتحديد المراد بالبضائع محل الغش، بل لتحديد معنى الغش في حد ذاته. وطبقا للمادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية

(١) راجع ما تقدم بند ١٥٩.

ينخضع إثبات المسائل غير الجنائية لحكم القانون الذى ينظمها . ومن ثم ، فإنه إذا تطلب الأمر الرجوع إلى العرف لتحديد إحدى القواعد غير الجنائية أو لإثباتها ، فإن العرف لا يلعب دورا فى مجال التجريم والعقاب ولا يؤثر فى النطاق المطلق للشرعية الجنائية^(١) . مثال ذلك تحديد المقصود بالعين المؤجرة فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لقانون إيجار المساكن ، فقد قضت محكمة النقض بأن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها ، وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها وأنه إذا لم يوجد اتفاق على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء واتباع العرف دون التقيد فى هذا الخصوص بوسيلة بعينها من وسائل الإثبات^(٢) .

ومن ناحية أخرى ، فإن مبدأ الشرعية الجنائية لا يحول دون الأخذ بفن القواعد على بياض . ويفيد هذا المصطلح أن نص القانون فى بعض الأحوال قد يقتصر على تحديد العقوبة تحديدا كاملا ويحيل فى تحديد بعض جوانب التجريم إلى نصوص أخرى ، وفى هذه الحالة يطلق على هذا النص أنه تضمن قاعدة على بياض . مثال ذلك المادة ١٢٨ عقوبات التى عاقبت كل موظف عمومي أو نحوه إذا دخل اعتمادا على وظيفته منزل شخص من آحاد الناس «بدون مراعاة القواعد المقررة فى القانون» .

وواضح من هذا النص أنه ترك بعض جوانب التجريم إلى قانون آخر . وهذا القانون الآخر الذى يحيل إليه النص العقابى قد يعتمد على قواعد فنية أو على اتفاق معين أو عرف معين . مثال ذلك أن المجلس الدستورى الفرنسى قضى بأنه إذا كان النص التشريعى قد فرض عقوبة على مخالفة نصوص تشريعية ولائحية تتعلق بقانون العمل ، وعلى مخالفة بعض الاستثناءات الواردة فى هذه النصوص والتى تضمنتها اتفاقيات جماعية ، فإنه لا يوجد ما يمنع من تحديد الالتزامات التى يفرضها النص التشريعى العقابى فى نصوص أخرى أو تحديدها بالطريق الاتفاقى . مثال ذلك أن المادة ٥٤ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ قد نصت على أنه لا يجوز

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، سنة ١٩٩٦ ص ٢٦ وما بعدها .
(٢) نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٩ ، مجموعة الأحكام س ٣٠ ص ٦٠٠ ، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨١ ، مجموعة الأحكام س ٣٢ ص ٢١٧٣ .

لصاحب العمل أن يخرج على القيود المشروطة في الاتفاق أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا في حالات الضرورة والقوة القاهرة، ويعاقب على مخالفة ذلك طبقاً للمادة ١٧٠ من هذا القانون. ففي هذا المثال تلعب الالتزامات الاتفاقية دوراً مهماً في وقوع الجريمة.

وذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن اختلاف مضمون الالتزامات المنبثقة من النص العقابي يتعلق فقط باختلاف الوقائع محل العقاب الجنائي دون التأثير في وحدة التعريف القانوني للجرائم^(١). على أنه يلاحظ في هذا المثال أن القانون قد سمح للمنظمات العمالية أن تسهم في وضع قواعد تطبق على علاقات العمل^(٢).

١٦٢- (ب) أن تكون النصوص واضحة محددة

يجب على السلطة التشريعية أن تصدر تشريعاتها واضحة محددة بعيدة عن الغموض وعدم التحديد^(٣). فالهدف من مبدأ الشرعية هو ضمان إخطار الجمهور بما يعتبر جريمة وبالعقاب المترتب عليها وبالقيود الواردة على الحرية وهو ما يستلزم وضوح قصد الشارع. وكل غموض في النص من شأنه أن يؤدي إلى التحكم القضائي الخطر^(٤). وقد عبر المجلس الدستوري الفرنسي عن هذا المبدأ في قوله بضرورة أن يعرف المشرع الجرائم في عبارات واضحة ومحددة بطريقة كافية، وذلك لاستبعاد التحكم^(٥)، وقضى بأن القانون يجب أن يعرف الأركان المكونة للجريمة في عبارات واضحة محددة، فإذا عاقب المشرع على جريمة معينة "malversation" دون تحديد أركانها التي تقوم عليها، فإن النص التشريعي الذي تضمنه القانون في هذا الشأن يكون غير مطابق للدستور^(٦).

82 - 145 Dc du 10 Nov. 1982, R.J. C.1-B2.

(١)

Jérôme Tremeau, op. cit., p.258.

(٢) انظر:

(٣) نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ٧٠ ص ٣٣٠.

(٤) Merle et Vitu, op. cit., No.176, p.255.

80 - 127 Dc, 19 et 20 Janvier 1981 (Sécurité et liberté), Recueil, p.91. (٥)

وقد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان كذلك أن الجريمة يجب أن تكون محددة بوضوح في التشريع. انظر في تفصيل ذلك مقال: Droits : Renée Koering - Joulin et Jean - François Seuvic, fondamentaux et droit criminel, op. cit., p.109.

وبهذا الوضوح يتحقق للأفراد الاستقرار القانوني ويتأكد مبدأ المساواة أمام القانون. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن غموض النصوص العقابية يعنى انفلاتها من ضوابطها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الأفعال التي منعها المشرع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شباكا أو أشراكا يلقيها المشرع متصيدا باتساعها أو إخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها^(١).

وفي ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا يشترط في هذه النصوص ما يلي:

(١) أن تكون محددة بصورة يقينية لا التباس فيها ولا غموض. وفي هذا المعنى قضت بأن من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية، أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في أى تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا، ويتعين بالتالى - ضمانا لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وبمراعاة أن تكون دوما جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو انبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها. كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين أعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بها لا خفاء فيه. وهى قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هى أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها. ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لكى يدفعوا عن حقهم في الحياة وكذلك عن حرياتهم، تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة. ولقد كان غموض القوانين الجزائية مرتبطا من الناحية التاريخية بإساءة استخدام السلطة، وكان أمرا مقضيا أن يركن المشرع إلى مناهج جديدة في الصياغة لا تنزلق إلى تلك التعبيرات

(١) انظر دستورية عليا في ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢٩) في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢٩) في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧.

المرنة أو الغامضة أو الممتعة المحملة بأكثر من معنى والتي تنداح معها دائرة التجريم بما يوقع محكمة الموضوع في محاذير واضحة قد تنتهى بها في مجال تطبيقها للنصوص العقابية - إلى ابتداء جرائم لا يكون المشرع قد قصد حقيقة إلى إنشائها، وإلى مجاوزة الحدود التي اعتبرها الدستور مجالا حيويًا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها. وأضافت المحكمة الدستورية العليا بأن انتفاء الغموض في القوانين الجنائية يقع في نطاق مجموعة القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها^(١).

(٢) أن تتضمن النصوص تحديدا جازما لضوابط تطبيقها. وفي هذا المعنى أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه كلما أتم المشرع أفعالا بذواتها حال وقوعها في مكان معين، فإن تعيين حدود وأوصاف هذا المكان بما ينفي التجهيل بها، يكون شرطا أوليا لصون الحرية الفردية التي أعلى الدستور قدرها، وإن القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على تلك الحرية - سواء بطريق مباشر أو غير مباشر - تقتضى أن تصاغ أحكامها بما يقطع كل جدل في شأن حقيقة محتواها، ليلغ اليقين بها حدا يعصمها من الجدل، وبما يحول بين رجال السلطة العامة وتطبيقها بصورة انتقائية، وفق معايير شخصية تخالطها الأهواء، وتنال من الأبرياء لافتقارها إلى الأسس الموضوعية اللازمة لضبطها^(٢).

وقالت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر لها: إن إهمال المشرع في ضبط النصوص العقابية بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها، يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها

(١) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣، دستورية عليا في ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩تابع)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ العدد (٢٩)، وانظر دستورية عليا في ١٥ مايو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢٧ يولية سنة ١٩٩٦ العدد (٢٥).

(٢) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ العدد (٢)، أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٤ العدد (٤٢).

إخطارا معقولاً بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتوه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم^(١).

(٣) أن تحكم النصوص مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتزم مع طبيعتها. وفي هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا بأن النصوص الجنائية تحكمها مقاييس صارمة ومعايير حادة تتعلق بها وحدها وتلتزم مع طبيعتها، ولا تزاخمها في تطبيقها ما سواها من القواعد القانونية^(٢).

(٤) أن تصاغ النصوص الجنائية في حدود ضيقة. وفي هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يجوز أن يكون أمر التجريم فرطاً، وهو ما يتحقق في كل حال يكون فيه النص العقابي محملاً بأكثر من معنى مرهقاً بأغلال تعدد تأويلاته، مرناً مترامياً على ضوء الصيغة التي أفرغ فيها^(٣). وواضح من عبارات المحكمة الدستورية العليا سאלفة الذكر أن معيار الوضوح والتحديد في النصوص الجنائية يتطلب اليقين وعدم الغموض، والتحديد الجازم القاطع لضوابط التطبيق، والخضوع لمقاييس صارمة والمعايير الحادة، وأن تكون الحدود ضيقة لا انفلات في عباراتها. ويشمل هذا المعيار كل ما يتعلق بقواعد التجريم والعقاب وقواعد الإجراءات الجنائية سواء بسواء.

١٦٣- (ج) تكامل النصوص الجنائية مع القواعد العامة

تلعب القواعد العامة في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية دوراً مهماً في تحديد مضمون الشرعية الجنائية. فلا يقتصر هذا المضمون على ما يرد في النصوص الجنائية بعيداً عما تحدده القواعد العامة التي تحكم هذه النصوص. فهذه القواعد العامة تعمل على توضيح أو تكملة النصوص التشريعية وإعطائها معناها المتكامل، وضمان التطبيق

(١) دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦ العدد (٧ مكرراً)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩).

(٢) دستورية عليا في ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٥ أغسطس لسنة ١٩٩٦ العدد (٣٢).

(٣) دستورية عليا في ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٣ مارس سنة ١٩٩٤ العدد (٩ تابع).

العام للحقوق أو الحريات ، التى تتضمنها النصوص التشريعية أو الدستورية سواء صراحة أو ضمنا . وعلى هذا النحو، فإن القواعد العامة تبدو لازمة من حيث ضمان استمرارية وتماسك النظام القانونى الجنائى^(١) . وتنال هذه القواعد ذات القيمة القانونية التى تنالها نصوص القانون، ولهذا فإن مخالفتها أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها يجعل الحكم معرضا للنقض .

ولعل أهم ما تؤكد القواعد العامة فى قانون العقوبات، يبدو فى تحديد أسباب الإباحة ، وشخصية المسئولية والعقوبة ، حدود السلطة التقديرية للقاضى إذا ما رأى تخفيف العقوبة ، بالإضافة إلى غير ذلك من الأحكام العامة التى يضيفها المشرع فى حدود سلطته التقديرية ، سواء من حيث تطبيق القانون من حيث المكان أو من حيث المساهمة الجنائية أو أركان الجريمة .

ومن المؤكد أن ما يرد فى القواعد العامة بشأن أسباب الإباحة ، ليس قيذا على التجريم ، لأن الأصل فى الأفعال الإباحة ، والأصل فى الإنسان البراءة ، والإنسان يملك حقا أساسيا فى الحرية الشخصية . وما يرد من قواعد التجريم والعقاب تأتى على سبيل الاستثناء الذى تتطلبه الموازنة بين حماية الحقوق والحريات وحماية المصلحة العامة . فإذا نظرنا إلى النظام القانونى كله والذى يسلم بأن الأصل فى الأفعال الإباحة ، نجد أن القواعد المبينة لأسباب الإباحة تركز على هذا الأصل وتختص بتنظيمها ووضع حدود لممارستها لا لإنشائها ، وما قواعد التجريم والعقاب إلا استثناء على هذا الأصل العام^(٢) . هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى القواعد المقررة لموانع العقاب ، فإنها تأتى قيذا على قواعد العقاب فتعطل تطبيق العقوبة بشروط معينة . وبعبارة أخرى ، فإن القواعد المبيحة هى الأصل وقواعد التجريم والعقاب هى الاستثناء ، وأن القواعد المانعة للعقاب قيد على قواعد العقاب من حيث تعطيل تطبيقها فى حالات معينة ، مثال ذلك فى المادتين ٤٨ و ٢٩١ من قانون العقوبات .

وبالنسبة إلى قانون الإجراءات الجنائية ، فإن قواعده العامة تركز كذلك على الحقوق والحريات التى جاءت هذه القواعد قيذا عليها لكى تحقق توازنا بينها وبين المصلحة

(١) Merle et Vitu; Traité de droit criminel, T.I, 1997 Paris, No.193, p.272 et S.

(٢) انظر: T.Delogu; Les causes de justification, Cours de doctorat, Faculté de droit, Université du Caire, 1955, p.56-59.

العامة المتمثلة في النظام العام الجنائي . وبالإضافة إلى ذلك تأتي القواعد العامة التي يضعها المشرع في حدود سلطته التقديرية بما يتفق مع طبيعة الخصومة الجنائية .

وفي هذا الإطار، جاءت القواعد العامة المؤكدة للأصل في المتهم البراءة وحقوق الدفاع وعلانية المحاكمة ومباشرة الإجراءات في حضور الخصوم وشفوية المرافعة، كلها تعتمد على مجموعة من الركائز تمثل الحقوق والحريات، لكي تضمن حمايتها في مقام إجراء التوازن بينها وبين متطلبات المصلحة العامة . وقد أدت محكمة النقض دورا مهما في استخلاص هذه القواعد العامة، وتجلى ذلك بوجه خاص في استخلاص نظرية البطلان الذاتي في ظل قانون تحقيق الجنايات الذي خلا من تحديد أحوال البطلان^(١)، وفي تحديد المقصود بالشكل أو الإجراء الجوهرى . وفي ضوء هذه القواعد العامة، أمكن استخلاص حكم القانون في كثير من المسائل، ولعل من أهمها مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم كنتيجة للأصل في المتهم البراءة، وتحديد أثر استعمال الوسائل العلمية الحديثة في الاستجواب . ففى ضوء القواعد العامة للإجراءات الجنائية بشأن طبيعة الاستجواب وكونه وسيلة من وسائل الدفاع بالإضافة إلى اعتباره إجراء من إجراءات التحقيق، قلنا إنه لا قيمة للحقيقة التي يتم الوصول إليها على مذهب الحرية، لأن الشرعية التي يقوم عليها نظام الدولة تتطلب حماية الحرية في مواجهة السلطة، مما يتطلب أن يكون الاستجواب طريقا نزيها لمعرفة الحقيقة^(٢) .

وترتد معظم القواعد العامة في الإجراءات الجنائية إلى الحماية الدستورية للحقوق والحريات، إذ تلقى هذه الحماية بأضواء كثيفة على الضمانات التي يجب أن تهيمن على ممارسة الإجراءات الجنائية، لكي تعتبر إطارا عاما لها يحكمها، ويضبطها^(٣) .

(١) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة سنة ١٩٩٣ ص ٢٨٤ وما بعدها . وانظر رسالتنا للدكتوراه (نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية)، سنة ١٩٥٩ .

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ص ٥١٨ وما بعدها . وقد قلنا في هذا المرجع أنه إذا صح الالتجاء إلى الوسائل العلمية لأغراض علاجية، فلا يجوز استعمالها للكشف عن الحقيقة في الخصومة الجنائية، فإن الضمير يأبأها لأنها تعامل الإنسان وكأنه محل تجرية في معمل، ونحى معنى التعذيب بها تحقيقه من سلب شعور الإنسان وتحطيم إرادته الواعية .

(٣) انظر مؤلفنا الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٥ .

الفصل الثانى

التفسير الدقيق للنصوص الجنائية

١٦٤- القاعدة

يتقيد القاضى الجنائى بتفسير القواعد الجنائية، وهى التى يتضمنها كل من قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية، لنكشف حقيقة محتواها فيما يتعلق بإرادة المشرع فى تحقيق فاعلية العدالة الجنائية أو ضمان الحقوق والحريات، ملتزما فى ذلك بمبدأ الشرعية الجنائية.

وقد توهم البعض بصدد البحث فى قاعدة مبدأ الشرعية الجنائية، بأن القاضى الجنائى يلتزم باتباع منهج معين فى التفسير يطلق عليه التفسير الضيق أو الحرفى. وأنصار هذا الاتجاه هم الذين أنكروا على القاضى الجنائى سلطة التفسير ودعوا إلى إسنادها إلى السلطة التشريعية، حتى لا يتحول القضاء إلى مشرعين^(١). ولكن مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية لا يؤدى إلى رفع واجب تفسير القانون عن عاتق القضاة لأن التفسير الصحيح يجب ألا يوسع أو يضيق من النطاق السليم للقانون، ولا يجوز أن ينشئ معنى يخرج عن إرادة القانون.

وإذا كان التجريم والعقاب يستند إلى القانون، فإنه من غير المفهوم، الحديث عن التفسير الضيق أو الحرفى للقانون. فالقاضى عندما يفسر القانون لا يعطى رأيه الشخصى، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقى للقانون، وعن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع. هذا إلا أن منهج التفسير الحرفى أو الضيق يجد تبريره الوحيد فى العصر الذى نشأ فيه، حيث ظهرت المدرسة الكلاسيكية بزعامة بيكاريا كرد فعل ضد تحكم النظام

BECCRIA, Traité des délits et des peines 1966, p.68 et s.

(١)

القديم والسلطة التحكيمية للقضاة . ولكن المبدأ في حد ذاته تنقصه الموضوعية ، ذلك أن التفسير الضيق أو الحرفى يفترض الدقة من جانب المشرع فى التعبير عن إرادته وهى أمر غير موجود سواء من حيث الشكل أو الموضوع . فالقانون كثيرا ما يحتوى على عدم دقة فى الصياغة وكثيرا ما تشوبه بعض المتناقضات الظاهرية ، ولا يمكن أن نطالب القاضى بأن يكون بوقا يردد هذه الأخطاء ، فعليه أن يبحث عن إرادة واضح القانون من خلال كافة العبارات والصيغ المستعملة للتعبير عن هذه الإرادة^(١). ومتى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها ، فإنها يجب أن تعد تعبيرا عن إرادة الشارع^(٢). ومن ناحية أخرى ، فإن إرادة المشرع التى ضمنها النص ليست مبدأ جامدا محكما بالوقائع الاجتماعية المتوافرة وقت وضع النص ، بل هى إرادة متطورة بتطور هذه الوقائع الاجتماعية طالما أنها تراعى المصلحة الاجتماعية المحمية بالنص ، ذلك أن هذه المصلحة تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعاً لها نطاق تطبيق نصوصه ، ولم يصنع القانون من أجل اليوم فقط ، بل إنه صنع من أجل المستقبل . وإرادة القانون بهذا المعنى تترك للتفسير مهمة تحديد معنى النصوص القانونية المجردة فى ضوء التحولات والتغيرات الاجتماعية . ولا يجوز المبالغة خشية افتراض القاضى لإرادة القانون لأنه يجب أن يلتزم دائما بالإرادة الحقيقية أو المفترضة افتراضا منطقيا فى ضوء الوقائع الاجتماعية الجديدة ، ومع احترامه للصيغة التى استعملها القانون للتعبير عن هذه الإرادة تحقيقا للاستقرار القانونى . وكل انحراف من جانب القاضى عن هذا سوف يعتبر خطأ فى تأويل القانون تصححه محكمة النقض .

وإذا طبقنا هذا المنهج لوجدنا أنه يقدم لنا الحلول الصحيحة بوجه خاص عندما يعبر القانون عن فكرة متحركة متطورة بحسب طبيعتها مثل النظام العام أو الآداب العامة . وكذلك الشأن لمواجهة الاختراعات العلمية التى تصلح محلا أو أداة للجريمة ، مثل الطاقة الكهربائية كمحل للسرقة ، والراديو والتلفزيون كوسيلة للعلانية فى جرائم النشر.

وغنى عن البيان ، فإن هذا المنهج فى تفسيره لا يترتب عليه مطلقا تجاوز المعنى

Merle et Vitu, Traité. Tome, 1, p. 215.

(١)

(٢) نقض جنائى فى ٢٣ يونية سنة ١٩٧٥ الطعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ قضائية .

الواضح في النص ، ذلك أن المنهج السليم للتفسير هو في معرفة إرادة المشرع من خلال الصيغة التي عبر فيها عن هذه الإرادة. هذا مع ملاحظة أن الوضوح المطلوب لا ينصرف فقط إلى عبارة النص ، وإنما يتعلق أيضا بالمعنى والفكرة التي تنبثق عن النص ، فلا يجوز الاعتماد على مجرد الوضوح اللغوي الذي قد لا يتفق مع الفكر الحقيقي للقانون ، كما يبدو من مجموع نصوصه ، وتاريخه ، وأعماله التحضيرية ^(١) ، وتطوره الاجتماعي والعلمي والفلسفي . فإطار القانون لا يتحدد بشكل جامد ، وذلك باعتبار أنه قد صنع من أجل المستقبل .

ويلتزم القاضي الجنائي باحترام قواعد الدستور أثناء تفسيره للقواعد الجنائية ، حتى يكون تفسيره مطابقا للدستور. ولا يقتصر الأمر على مجرد تحقيق هذه المطابقة ، بل يتجاوزها إلى تحقيق مصداقية التفسير التي تعبر عن إرادة المشرع الواعية المتطورة . فالحقوق والحريات تتلقى مظلة حمايتها من الدستور ذاته ، وما التشريع إلا منظم لهذه الحماية . ولهذا فإنه على الرغم من الأخذ بالرقابة السابقة في فرنسا ، فإنه من المقرر أن القاضي حين يطبق النصوص التشريعية يجب عليه تفسيرها وفقا للمعنى المطابق للدستور طالما أن نصوص التشريع تتسع لذلك . فإذا خلا نص تشريعي من ذكر ضمان أورده الدستور ، فلا يفسر هذا الخلو بعيدا عن النص الدستوري ، بل يجب تطبيق نصوص الدستور مباشرة لتوفير هذا الضمان ^(٢) .

١٦٥ - تفسير المحكمة الدستورية العليا للتشريع

نصت المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور ، وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق ، وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها» . ويلاحظ أن اختصاص

(١) وغنى عن البيان أن الأعمال التحضيرية لا يمكن أن تغير من المعنى الواضح والمحدد في النص . (انظر نقض جنائي في ١٩ مايو سنة ١٩٤١ الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ١١ قضائية) .

Crim, 29 déc. 1900, siery, 1901-1-108.

Louis Favoreu; La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale; Droit (٢) pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Edition cujas, 1989, p.201.

المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي لا يغفل اختصاص السلطة التشريعية في إقرار قوانين التفسير. والفارق بين اختصاص المحكمة الدستورية العليا واختصاص السلطة التشريعية بالتفسير، أن الاختصاص القضائي الدستوري بالتفسير مشروط بشرطين: هما أن تكون للنص التشريعي المراد تفسيره أهمية جوهرية - لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها، ووزن المصالح المرتبطة بها، وأن يكون هذا النص - فوق أهميته - قد أثار عند تطبيقه خلافاً حول مضمونه، تتباين معه الآثار القانونية التي يربتها فيما بين المخاطبين بأحكامه بما يخل عملاً بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم، والمتاثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، ويهدر بالتالي المساواة بينهم في مجال تطبيقها^(١). أما الاختصاص التشريعي بالتفسير فهو غير مشروط، والأمر متروك لتقدير السلطة التشريعية للحاجة في إجلاء ما قد يكتنف النص من غموض يعرض للاختلاف في التطبيق مما يمس بمبدأ المساواة أمام القانون.

وتفسير إرادة المشرع لا ينشئ حكماً جديداً، بل يعتبر القانون التفسيري، وكذلك قرار المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، مندرجاً في النص موضوعه وجزءاً منه لا يتجزأ، وسارياً بالتالي منذ نفاذه، ومن ثم يعتبر النص محل التفسير وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذي تضمنه قانون أو قرار التفسير، وليس ذلك إجراءً لأثر رجعي لهذا القانون أو القرار، بل هي إرادة المشرع التي حمل النص القانوني عليها منذ صدوره بعد تجليه دلالة^(٢)

ومن ناحية أخرى فقد بينا فيما تقدم عند دراسة منهج الرقابة على دستورية القوانين أن المحكمة الدستورية العليا قد تلجأ إلى تفسير النص التشريعي المطعون فيه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته^(٣) أو في مجال الحكم بعدم الدستورية. وإذا كان هذا التفسير هو دعامة الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا وكان القول به في مجال الفصل في مسألة دستورية فإنه ينال الحجية المطلقة والكاملة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها^(٤).

(١) دستورية عليا في ٣٠ يناير في سنة ١٩٩٣ في طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير».

(٢) القرار التفسيري للمحكمة الدستورية العليا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه.

(٣) الدستورية العليا في ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية (دستورية)، الجريدة.

الرسمية، العدد ٣٥ في ١/٩/١٩٩٤.

(٤) الدستورية العليا في ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ سالف البيان.

١٦٦- الشك في تحديد إرادة المشرع

من المقرر قانوناً أن الشك يفسر لمصلحة المتهم عندما يرد على أدلة إثبات التهمة . وهي قاعدة من قواعد الإثبات تنفرد عن الأصل في التهمة البراءة ، إلا أنه يدق البحث عند الشك في تحديد معنى القانون ، وهو ما يتولد عند الشك في تحديد إرادة المشرع ، فالقاضي مكلف باستخلاص معنى القانون وتحديد نطاقه ، ولا يجوز له أن يوقف الدعوى انتظاراً لرأى خبير في نقطة قانونية ، كما لا يجوز له الامتناع عن القضاء بحجة أن القانون من الصعب التوصل إلى معناه . فإن الفرض في القانون أنه يستهدف معنى معين ، فالمشرع لا ينطق باللغو . ومن ناحية أخرى لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون ، فكل شخص يفترض فيه العلم بالقانون بمعناه ، بإرادته ، بنطاق تطبيقه ، ولا يقبل من جانبه الدفع بالشك في تحديد معنى القانون أو إرادته . إذن ، فإن واجب الفرد هو العلم بالقانون ، ووظيفة القاضي هي تطبيق القانون ، وكلا الاثنان لا يميز الادعاء بوجود شك في تحديد معنى القانون . فهذا الشك معناه عدم الاستقرار على معرفة إرادة القانون ، وهذه الإرادة أمر يجب السعى نحو الإحاطة بها وعدم الخلاف في تحديدها ، لأنه لا وجود للقانون دون إرادة . والقانون إما أن يكون أو لا يكون ، هذا بخلاف أدلة الإثبات فإن تقديرها أمر موضوعي يتوقف على الاقتناع الشخصي . ومن المتصور حصول شك في تقدير قيمة الأدلة ، فماذا يكون الحل عندئذ؟ إنه لابد من الرجوع إلى الأصل العام وهو براءة المتهم حتى تثبت إدانته . هذا بخلاف الحال عند الشك في تحديد إرادة القانون ، فإن ذلك الشك لا يستقيم مع واجب القاضي في تفسير القانون من أجل تطبيقه . ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الامتناع عن تطبيق القانون على المتهم بحجة أنه غامض لا يصلح أن يكون عذراً^(١) ، وأنه لا يجوز تبرئة المتهم بناء على أن مجرد الشك في تحديد معنى القانون يفسر لمصلحة المتهم^(٢) . وطالما كان في استطاعة القاضي تحديد معنى القانون ، وجب عليه الوصول إلى هذه الإرادة دون تغليب معنى على آخر ، وبناء على أن أحد المعنيين هو في صالح المتهم ؛ لأن الهدف الذي يتوخاه دائماً هو في تحديد إرادة القانون أيّاً كان اتجاهها سواء كان في صالح المتهم أو في غير صالحه . ومع ذلك ، فإن النص القانوني قد يكون بالغ الغموض وينقصه التحديد مما يجعل مهمة القاضي

Crim, 28 Juin 1912, Bull, No 355.

(١)

Crim, 24 Janvier 1936.

(٢)

في التفسير مستحيلة . ففي هذه الحالة لا نكون بصدد مجرد شك في تحديد إرادة القانون ، وإنما نكون حيال تعذر كامل في تحديد هذه الإرادة . وأمام غموض النص وعدم تحديده لا يمكن نسب الجريمة إلى المتهم أو الحكم عليه بعقوبة ما ، لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . وهذا المبدأ يفترض الوضوح والتحديد في النص حتى يكون مصدرا للتجريم والعقاب . ويسرى ذات المبدأ إذا كان النص متعلقا بإجراء ماس بالحرية ، فإن عدم تحديد إرادة المشرع حول المساس بالحرية يتطلب إهدار هذا المساس . تأكيدا للأصل العام في الإنسان وهو البراءة .

ومع ذلك ، فإن مجرد الشك في تفسير قانون العقوبات يفسر لمصلحة المتهم^(١) ، بعد أن يعجز القاضي عن تحديد معناه . وإذا كان النص غامضا يفتقر إلى التحديد أصبح غير صالح للتجريم والعقاب وغير صالح للمساس بالحرية الشخصية في الإجراء الجنائي ، مما يتعين معه إهمال النص والعودة للقواعد العامة . فإذا تعذر تحديد أحد نصوص التجريم تعين تبرئة المتهم باعتبار أن الأصل في الأفعال الإباحة ، وإذا أصاب التعذر نصا يتعلق بأحد الظروف المشددة تعين إهدار هذا الظرف .

وكذلك الشأن بالنسبة إلى قواعد الإجراءات الجنائية ، فإذا تعلق الغموض بقيد إجرائي ضد المتهم تعين إسقاطه وعدم اشتراطه . أما إذا تعلق الغموض بضمان إجرائي لصالح المتهم ، فإنه لا يؤثر في مبدأ توافر الحرية التي يحميها هذا الضمان ، لأن الأصل هو تمتع الفرد بالحرية ، وبراءة المتهم ويتعين على القاضي أن يفسر إرادة المشرع في الجانب الذي يتفق مع هذا الأصل العام .

١٦٧- مدى سلطة القاضي الجنائي في الالتجاء إلى القياس

القياس هو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل لمسألة لم ينظمها القانون وذلك عن طريق استعارة الحل الذي قرره القانون لمسألة مماثلة لها . وعلى هذا النحو فإن القياس ليس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون في إطار الصيغة التي استعملها ، بل إنه يفترض أن القانون لم ينظم المسألة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق .

(١) نقض جنائي في ٢٧ مارس سنة ١٩٧٢ ، الطعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ قضائية .

ومن المقرر أن التوازن بين الحقوق والحريات فيما بينها، أو بينها وبين المصلحة العامة يتطلب وضع حدود لممارسة الحقوق والحريات، وإعطاء حدود لممارسة الحقوق والحريات، وإعطاء المشرع سلطة التجريم والعقاب. ولاشك أن هذه السلطة تأتي قيда على الحقوق والحريات تقتضيه الضرورة الديمقراطية. وهذا القيد بطبيعة الحال لا يجوز التوسع في تفسيره، لأنه استثناء على أصل عام، والاستثناء لا يقاس عليه.

من أجل هذا، فإنه طبقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات تقتصر مهمة التجريم وتقرير العقاب على القانون وحده، ولا يملك القاضى أى سلطة في هذا الشأن ولو كان عن طريق سد ثغرة في القانون بواسطة القياس^(١). لقد اقتضت حماية الحرية الفردية أن يكون التجريم والعقاب بيد المشرع وحده، وأن يقتصر دور القاضى على مجرد التفسير كخطوة نحو التطبيق السليم للقانون.

على أن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا تتعارض إلا مع استعمال القياس من أجل خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة أو ظرف مشدد جديد. ولكنه لا يتعارض مطلقا بالنسبة إلى تطبيق النصوص لصالح المتهم كالتى تقرر أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب أو الأعذار القانونية المخففة.

ففى هذه الحالات لا يؤدى القياس إلى الافتئات على سلطة المشرع وحده في التجريم وفرض العقاب، بل إن هذا القياس هو استصحاب على الأصل العام في الأفعال وهو الإباحة. والقياس في هذا المجال هو تأكيد لهذا الأصل العام ومن ثم فإنه جائز قانونا.

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على إجازة القياس لصالح المتهم. من أمثلة ذلك أنه قاس على السرقة بين الأصول والفروع والأزواج التى لا تؤدى إلى غير التعويض المدنى (المادة ٣٨٠ عقوبات)، جرائم النصب^(٢). وخيانة الأمانة^(٣). كما استخلص القضاء الفرنسى أن حالة الضرورة تعتبر من أسباب الإباحة رغم عدم وجود

(١) COLMAR, 6 Décembre 1975, D., 1958, p.357; Rennes, 25 Février 1957, D., 1957, p.338, (١) Crim. 25 Juin 1958, p.293.

(٢) هذا ما لم ينص المشرع صراحة على ذلك مثل القانون السوفيتى ١٩٢٦ (الملغى بالقانون الصادر في ٢٥ ديسمبر ١٩٦٨) والقانون الألمانى الصادر في ٢٨ يونيو ١٩٣٥ (الملغى بالقانون الصادر في ٣٠ يناير ١٩٤٦)، وقانون العقوبات الدانمركى الصادر ١٩٣٠ (المادة الأولى).

(٣) Trib. corr. seine, 27 décembre 1946, G.P. 12.

نص خاص بهذا المعنى ^(١)، نص عليها قانون العقوبات الفرنسي الجديد المادة ١٢٢-٧. وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية كذلك على إجازة القياس لصالح المتهم ^(٢).

ومن ناحية أخرى، فيجوز القياس في قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى القواعد التي تكفل الحرية الفردية، استصحاباً على أن الأصل في الفرد هو التمتع بالحرية، لأن الأصل في المتهم البراءة، وهو ما يقتضى تأكيد كافة ضمانات حرته الفردية. هذا بخلاف القواعد الإجرائية الماسة بالحرية، فقد وردت على سبيل الاستثناء. وقد توهم البعض أن تقييد القاضى الجنائى بقاعدة الشرعية يلزمه باتباع منهج معين في التفسير الضيق أو الحرفي. وأنصار هذا الاتجاه هم الذين أنكروا على القاضى الجنائى سلطة التفسير ودعوا إلى إسنادها إلى السلطة التشريعية، حتى لا يتحول القضاء إلى مشرعين ^(٣). ولكن مبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية لا يمكن مطلقاً أن ينزع من القضاء رخصة تفسير القانون، لأن التفسير الصحيح يجب ألا يوسع أو يضيق من النطاق السليم للقانون، ولا يجوز أن ينشئ معنى يخرج عن إرادة القانون، وإذا كان التجريم والعقاب يستند إلى القانون، وكان منهج التفسير المتبع لا يخرج عن نطاق هذا

(١) Cass. 27 Octobre 1916, Buil., p. 225.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية القياس بالنسبة إلى خيانة الأمانة في الأوراق الموقعة على يياض.

(Cass. 19 Novembre 1948, J.C.P. No. 4740).

(٢) انظر القياس على حالات الدفاع الشرعى نقض أول فبراير في عام ١٩٣٧ مجموعة قواعد جـ ٤ رقم ٤٠ ص ٣٦، وموانع العقاب نقض ٢٧ يونية في عام ١٩٣٧، مجموعة القواعد جـ ٢ رقم ٢٦٢ ص ٥٩٦، ١٩ فبراير ١٩٣٤ جـ ٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٢، ١٥ ديسمبر ١٩٤١ مجموعة القواعد جـ ٥ رقم ٣٢٢ ص ٥٩٧.

(٣) BECCARIA, Traité des délits et des peines, 1966, p. 68 et s.

(طبعة فرنسية جديدة مع مقدمة للأستاذين مارك آنسل وستيفانى). ويرى البعض أن تفسير قانون العقوبات يجب أن يكون حرفياً، لأن النص يجب أن يكون واضحاً مفهوماً للمخاطبين بالقانون، فهم الذين يقع عليهم الالتزام بمعرفة القانون، وهؤلاء ليسوا ملتزمين بدراسته كفقهاء ولا بمقارنة نصوصه المختلفة، ولا بالبحث في عناء عن روح القانون للتوصل إلى معرفة القاعدة التي تحكم نشاطهم.

(FAUSTIN Helle, Interpretation de la loi pénale, Rev. critique 1854, p.108).

وهذا الاعتراض يصدق عندما يؤدي تفسير القانون إلى التوسيع من نطاقه خارج حدوده الصحيحة، وهو أمر غير جائز. هذا فضلاً عن أنه من المسلم به طبقاً لقاعدة الشرعية أن نصوص القانون يجب أن تتسم بالوضوح. وكل نص غامض يصعب فهمه لدى المخاطبين بالقانون يعتبر غير شرعى.

القانون . فإنه من غير المفهوم ، الحديث عن التفسير الضيق أو الحرفي للقانون . فالقاضى عندما يفسر القانون لا يعطى رأيه الشخصى ، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقى للقانون عن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع . هذا إلى أن منهج التفسير الحرفي أو الضيق يجد تبريره الوحيد في العصر الذى نشأ فيه حين ظهرت المدرسة الكلاسيكية بزعامة بيكاريا كرد فعل ضد تحكم النظام القديم والسلطة التحكيمية للقضاة . ولكن المبدأ في حد ذاته تنقصه الموضوعية ، ذلك أن التفسير الضيق أو الحرفي يفترض الاتفاق من جانب المشرع في التعبير عن إرادته لكشف الحقيقة وتقرير حق الدولة في العقاب . ونظرا لتعلق هذا الحق بالحرية الشخصية فلا يجوز تنظيمها إلا بقانون ، ومن ثم فإن القياس عليها غير جائز^(١) . وتطبيقا لذلك حكم في فرنسا بأن النص على التزام الخبير بحلف اليمين قبل مباشرة مهمته عند انتدابه في أحوال التلبس ، يمكن القياس عليه بالنسبة إلى جميع الخبراء^(٢) ، وأن النص على عدم تحليف اليمين بالنسبة إلى الشاهد الذى لم يبلغ الخامسة عشر في التحقيق الابتدائي يسرى من قبيل القياس على التحقيق أمام المحكمة^(٣) . وقد حكم بإبطال الاعتراف الذى حصل عليه البوليس بطريق التليفون قياسا على المبادئ العامة لحقوق الدفاع . وقضت محكمة النقض المصرية بقياس جرمية النصب وخيانة الأمانة على السرقة بالنسبة إلى تعليق رفع الدعوى الجنائية على تقديم شكوى من المجنى عليه في جريمة السرقة التى تقع بين الأصل والفروع والأزواج ، وذلك طبقا للمادة ٣١٢ عقوبات^(٤) .

(١) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، ١٩٧٠ ص ٨ .

في هذا المعنى :

Léauté, les principes généraux relatifs aux droits de défense, Rev. Sc. crim. 1953, p.50.

Merle et Vitu, 1073, Tome 1, p.219.

ومع ذلك انظر حكم المحكمة العليا الليبية في ٧ مارس في عام ١٩٥٦ الذى قضى بسقوط الطعن المرفوع من المتهم الذى يهرب من السجن بعد بدء التنفيذ عليه وقبل أن تفصل المحكمة في طلبه وذلك قياسا على (المادة ٣٩٥) إجراءات ليبي التى نصت على سقوط الطعن المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة (هذا الحكم مشار إليه في كتاب الدكتور عوض محمد عن الأحكام العامة في قانون الإجراءات الجنائية الليبية ، الجزء الأول ، الإسكندرية ١٩٦٨ ص ٢٥) .

Merle et vitu, 1973, tome1, p.21a.

(٢)

Chambres reunies, 3 Décembre 1812, 16 Juillet 1835, 1e Octobre 1857.

(٣)

(٤) نقض ١٠ نوفمبر في عام ١٩٥٨ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ٢١٩ ص ٨٩١ .

الفصل الثالث نطاق تطبيق قانون العقوبات

المبحث الأول عدم رجعية قانون العقوبات

١٦٨ - فكرة عامة

يعتبر مبدأ عدم رجعية مبدأ قانون العقوبات من المبادئ المسلم بها في الدول الديمقراطية. ولكنه لم يتقرر إلا تدريجياً على مدى تاريخ الحضارة الإنسانية. فقد جهله القانون الروماني، وبدا بصورة مترددة متواضعة في العصور الوسطى^(١). وعرفته الشريعة الإسلامية إذ جاء في القرآن الكريم: ﴿وما كنا معذّبين حتى نبعث رسولا﴾. وقد أشارت هذه الآية الكريمة إلى عدم رجعية التجريم والعقاب. ومع ذلك فقد لاذ رجال القانون الجنائي في القرنين السابع عشر والثامن عشر بالصمت تجاه هذا المبدأ، حتى اندلعت الثورة الفرنسية فكان من مبادئ إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عنها في ٢٧ من أغسطس عام ١٧٨٩ (المادة ٨). وأصبح من مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ (المادة ١١). ونصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المادة ٧). وتضمنته العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٥). وتؤكد هذا المبدأ في مختلف دول العالم^(٢)، ويمثل في مصر قيمة

(١) ظهر ذلك في القانون الكنسي وبعض كتابات المعلقين الإيطاليين على النصوص الرومانية.

(٢) انظر:

Le principe de non - rétroactivité des lois, VII Table Ronde internationale du 11 Juillet 1990 (Aix - en provence), Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1990, p.321 -448.

دستورية، إذ نص عليه الدستور المصري الصادر في عام ١٩٧١ في المادة ٦٦^(١)، وأكدت نطاقه المحكمة الدستورية العليا.

وقد لوحظ مع ذلك أن التاريخ الحديث قد عرف بعض الانتهاكات لمبدأ عدم الرجعية. فبالإضافة إلى النظم الشمولية التي انتهكت مبدأ الشرعية الجنائية من حيث الأصل، فقد عرف هذا المبدأ في فرنسا في القانون الصادر في ١٤ من نوفمبر عام ١٩١٨ بشأن المعاقبة على الخيانة العظمى والجاسوسية بمصادرة المبالغ التي تلقاها مرتكبو هذه الجرائم منذ ٢ من أغسطس عام ١٩١٤. وعرض في الحرب العالمية الثانية في القانون الصادر في ٣٠ من يوليو عام ١٩٤٠ بإنشاء محكمة عدل عليا، وفي القانون الصادر في ١٤ من أغسطس عام ١٩٤١ بإنشاء دوائر خاصة بمحاكم الاستئناف لمحاكمة مرتكبي جرائم العصيان والشيوعيين، وفي القانون الصادر في ٧ من سبتمبر عام ١٩٤١ بإنشاء محكمة الدولة، وفي القرارات الصادرة في ٢٦ من أغسطس و٢٦ ديسمبر عام ١٩٤٤ بتجريم المروق عن الوطنية بالحرمان من الحقوق الوطنية، وينطبق على من اشتركوا مع العدو في الفترة ما بين ١٦ من يونيو ١٩٤٤ إلى حين تحرير الأراضي^(٢).

كما نصت على رجعية النظام الأساسي لمحكمة نورمبرج لمجرمي الحرب العالمية الثانية والتي أنشئت بمقتضى اتفاقية لندن في ٨ من أغسطس عام ١٩٤٥، فقد نصت المادة ٦/ح منه على جواز محاكمة المجرمين عن الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبوها ولو لم تكن معاقبا عليها في القوانين الداخلية للبلاد التي ارتكبوها جرائم على إقليمها. وبهذا المعنى ذاته قضى النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية التي أنشأتها الأمم المتحدة في عام ١٩٩٣ لمحكمة مجرمي الحرب في يوغوسلافيا السابقة، وذلك عن الجرائم التي وقعت منذ أول يناير عام ١٩٩١. ويلاحظ أن هذه الاستثناءات ترتبط

(١) نص دستور ١٩٢٣ على هذا المبدأ في مادته السادسة، وكذا دستور ١٩٣٠. وقد خلا الإعلان الدستوري الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ عقب قيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ من نص يخول مجلس الوزراء الذي عهد إليه ممارسة السلطة التشريعية رخصة إصدار القوانين بأثر رجعي عدا القوانين الجنائية، إلا أن المحكمة العليا أكدت التزام مجلس الوزراء بهذا المبدأ باعتباره من الأصول الدستورية العامة (٧ يونيو سنة ١٩٧٥، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، القسم الأول، الجزء الأول قاعدة رقم ٢٩ ص ٣١٤). وجاء دستور ١٩٥٦ فأكد هذا المبدأ (المادة ٣٢) ومن بعده الدستور المؤقت سنة ١٩٥٨ (المادة ٧) ثم دستور سنة ١٩٦٤ (المادة ٥٢).

Merle et Vitu., T.I, op. cit., No.252, p.342, 343.

(٢)

إما بالمحاكمات السياسية خاصة عن جرائم التعاون مع الأعداء ، وإما بالمحاكمات ذات الطبيعة الدولية عن بعض الجرائم الدولية معبرة بذلك عن الإرادة السياسية للدول الموقعة على اتفاقية إنشاء المحكمة .

١٦٩ - حماية الحقوق والحريات كأساس لمبدأ عدم الرجعية

عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن خضوع الدولة للقانون محددًا على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضًا أوليًا لقيام الدولة القانونية ، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة . ومما ينافي مفهوم الدولة القانونية على النحو السالف بيانه أن تقرر الدولة سريان عقوبة بأثر رجعي ، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنبًا مؤاخذًا عليه بها مثلما هو الحال في الدعوى الراهنة^(١) . وأكدت أن مبدأ عدم رجعية القوانين العقابية يقيد السلطة التشريعية إعمالاً لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وصونها للحرية الشخصية بما يرد كل عدوان عليها^(٢) .

وقد لاحظ المشاركون في المائدة المستديرة الدولية السابعة المنعقدة في «إكس آن بروفانس» في ١١ من يوليو عام ١٩٩٠ لبحث مبدأ عدم رجعية التشريعات بأهمية حماية المواطنين ضد تحكم السلطات العامة في البلاد التي لا تكفل فيها تماماً الحقوق الأساسية وذلك بكفالة عدم الرجعية تحقيقاً للأمن القانوني "sécurité juridique"^(٣) . ويعتبر مبدأ عدم الرجعية في ألمانيا من متطلبات الدولة القانونية باعتبار أن خضوع الدولة للقانون لا يتمثل فقط في توزيع الاختصاصات بين أجهزة الدولة ، وإنما يتمثل كذلك في التزام هذه الأجهزة جميعها باحترام الحقوق الأساسية للأفراد . وقد لوحظ أنه منذ عام ١٩٤٩ ظهر مبدأ الأمن القانوني ، وأنه رغم تطبيق هذا المبدأ في بداية الأمر بواسطة

(١) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ .

(٢) دستورية عليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني) ، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨ ، دستورية عليا في ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٠ في ٦ مارس سنة ١٩٩٧ .

(٣) Franck moderne; Rapport de synthèse, Annuaire international de la justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1990, p.442.

القاضى الإدارى ، إلا أنه سرعان ما تلقفته المحاكم الدستورية وطبقته على التشريعات ، وأصبح على المشرع الالتزام بمراعاة عدم الرجعية احتراماً للثقة المشروعة للفرد في نوع من الاستقرار لمركزه القانونى^(١).

وقد عبر البعض^(٢) عن الحقوق التى يحميها مبدأ عدم الرجعية تحت مسميات شتى ؛ فذهب البعض إلى أنه يحمى مبدأ المساواة أمام القانون ، للحيلولة دون تحكم وقسوة القانون الرجعى فى مواجهة بعض المواطنين ممن طبق عليهم هذا القانون ، ويحمى مبدأ الفصل بين السلطات ، ويحمى الحقوق المكتسبة للمواطنين .

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بتأكيد هذا المبدأ بما قرره من أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور - وكذا المادة ١٨٧ منه - ترددان مبدأ أساسيا من مبادئ الدساتير الحديثة يقيد المشرع فلا يملك بمقتضاه أن يصدر تشريعا عقابيا بأثر رجعى عن أفعال وقعت قبل نفاذه وإلا كان هذا التشريع مخالفا للدستور^(٣). كما عنيت بتطبيق هذا المبدأ على سائر أنواع العقوبات - ومنها العقوبات التأديبية^(٤). وهو ما أكدته كذلك المجلس الدستورى الفرنسى الذى ذهب إلى أبعد من ذلك مقررًا انطباق المبدأ على كل جزاء يتضمن طابع العقاب حتى ولو ترك تطبيقه لجهة غير قضائية^(٥). بل ذهب هذا المجلس إلى تطبيق المبدأ على تنفيذ العقوبات من حيث المدة التى يمكن أن يقضيها المحكوم عليه فى السجن^(٦).

Michel Fromont, Allemagne, Annuaire, op. cit., 1990, p.322. (١)

Epaminodas Spiliotopoulos, Grèce, Annuaire, op. cit., 1990, p.377. (٢)

Franck Moderne, Annuaire, op. cit., 1990, p.443.

(٣) «دستورية عليا فى إبريل سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية «دستورية». وفى هذا الحكم قضت المحكمة بعدم دستورية البند (أ) من المادة الخامسة من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٧ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى والتى نصت على حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من حكم بإدانته فى الجناية رقم (١) سنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوى بعد ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، وذلك على أساس أن هذه العقوبة فرضت عن فعل سابق على نفاذ القانون .

(٤) «دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ سالف الذكر (القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى العدد ٤ ، ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ .

155 Dc du 30 Décembre 1982 Louis Favoreu; La constitutionnalisation de droit pénal et (٥) de procédure pénale, op. cit., p.186.

Louis Favoreu, op. cit., p.186. : 3 Septembre 1986 (٦) مشاراً إليه فى مقال :

ويسرى هذا المبدأ على كل من نصوص التشريع والنصوص اللائحية التى تصدر بناء عليه طبقا للمادة ٦٦ من الدستور^(١).

وواقع الأمر أن مبدأ عدم رجعية القواعد الجنائية يرتكز على مبدأ الشرعية الجنائية بوصفها ضمانا لحماية الحقوق والحريات. فالرجعية فى المواد الجنائية تتناقض مع ما يتطلبه مبدأ الشرعية من إخطار سابق وصريح للمواطنين بالتجريم والعقاب وغيرها من الإجراءات المقيدة للحرية التى تولد اليقين القانونى لدى المخاطبين بالقانون. وقد رأينا كيف أن هذا الإخطار يجب أن يتم بعبارة واضحة محكمة منضبطة حتى يؤتى فعاليتها، فماذا لو أهدره القانون كلية بالنص على الرجعية؟ فى هذه الحالة ينافى كل مفهوم للشرعية الجنائية.

١٧٠ - شروط تطبيق المبدأ على قواعد التجريم والعقاب

يتوقف تطبيق مبدأ عدم الرجعية على قواعد التجريم والعقاب على توافر شرطين:

- (١) أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم.
- (٢) أن يعمل بالقانون الجديد بأثر رجعى قبله.

١٧١ - (أولا) : أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم

يعتبر القانون الجديد فيما يتعلق بالتجريم أسوأ للمتهم إذا استحدث تجريما جديدا أو وضع قيودا على ممارسة أحد أسباب الإباحة، أو غير تكييف الواقعة المكونة للجريمة من نوع أخف إلى نوع أشد، أو مد نطاق تطبيق الجريمة من حيث المكان على وقائع سابقة عليه توافرت فى هذا المكان. وقد يمتد نطاق التجريم إلى حماية مصالح لم تكن محمية وفقا للقانون الجديد أو إلى الإخلال بعقود لم يشملها القانون الجديد، أو من خلال توسعة تعريف أحد البضائع التى تقع عليها جريمة الغش، أو أضفى التجريم على فعل كان مباحا من قبل. وكذلك الشأن إذا أنقص القانون الجنائى عنصرا فى أحد أركان الجريمة كان يتطلبه القانون القديم، مثل القصد الخاص، أو الشرط المفترض، أو أنقص مانعا من موانع المسؤولية أو تشدد فى شروطه.

(١) انظر بحثا للمستشار عبد الرحمن نصير فى دستورية التشريع رجعى الأثر ص ٨.

(ب) ويعتبر القانون الجديد أسوأ للمتهم فيما يتعلق بالعقاب إذا ألحق بالجانى عقوبة أشد مما كان ينص عليه القانون القديم سواء من حيث النوع أو القدر أو من حيث الحد الأدنى أو الأقصى أو من حيث استحداث عقوبة تبعية أو تكميلية ، أو جعل العقوبة التكميلية وجوبية بعد أن كانت جوازية ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى استحداث ظروف مشددة أو إلغاء أحد موانع العقاب أو جعلها جوازية بعد أن كانت وجوبية ، أو تشديد العقوبة على ذات الظرف المشدد .

وقد يصدر قانون جديد بتعديل قواعد تقادم العقوبة . ويعتبر هذا القانون من قوانين العقوبات ، لأنه يؤثر فى مضمون العقوبة ، فيسرى فى شأنه مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات بالنسبة إلى القواعد التى تسمى إلى المتهم ، مثل النصوص التى تطيل فى مدة التقادم .

وكذلك الشأن بالنسبة إلى قواعد تنفيذ العقوبة ، وهى التى تحدد وسائل تنفيذ العقاب سواء من حيث بدايتها أو شكلها أو تعديلها أو انقضائها ، مثل قواعد التنفيذ العاجل للعقوبة ولو كان الحكم قابلاً للاستئناف ، وقواعد الإفراج الشرطى أو قواعد الإكراه المبنى لتنفيذ الغرامة ، أو قواعد تفريد التنفيذ العقابى ، أو قواعد تنفيذ العقوبات عند تعددها . وتعتبر شرعية التنفيذ العقابى أحد أوجه الشرعية الجنائية لتعلقها بحماية حقوق وحريات المتهم ، وذلك باعتبار أن القيود المفروضة على المحكوم عليه لا تحول دون تمتعه بحقوقه وحرياته كإنسان فى الحدود التى لا تتعارض فيها مع العقوبة المقضى بها عليه . ومن ثم ، فإنه لا يجوز تطبيق قواعد التنفيذ العقابى بأثر رجعى .

١٧٢ - (ثانياً) : أن يعمل بالقانون الجديد بأثر رجعى

لا يعتبر القانون معمولاً به بأثر رجعى إلا إذا شمل نطاق تطبيقه من حيث الزمان واقعة تمت قبل العمل بهذا القانون ويستوى فى هذه الواقعة أن تشمل على النشاط الإجرامى أو على محله ، إذ كل منهما لا ينفصل عن الآخر^(١) . ولا تتوافر الرجعية إذا لم

(١) مثال ذلك ، صدور قانون ضريبى عدل فى وعاء الضريبة وفى فئاتها بأثر رجعى ؛ فإنه لا يجوز تطبيقه بأثر رجعى بالنسبة إلى التهرب من الضريبة أو الشروع فيه . (مثال ذلك ، المادتان ٤٣ و ٤٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون الضريبة على المبيعات فى ضوء القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام هذا القانون الذى أضاف بأثر رجعى بعض السلع أو الخدمات وعدل فى فئات الضريبة . (انظر المواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ من هذا القانون) .

ينتج القانون آثاره إلا من حيث المستقبل رغم تطبيقه على وقائع سابقة على تاريخ العمل به إذا كانت الوقائع قد استمرت بإرادة صاحبها كما هي الحال في الجرائم المستمرة، أو في الجرائم المتتابة أو في جرائم الاعتياد. ففي الجرائم المستمرة يستمر نشاط الجاني بعد إتمام الجريمة، مما يجعل الجريمة متجددة في كل لحظة من لحظات الاستمرار لأنها في هذه اللحظات تكون مدعمة بإرادة الجاني. هذا بخلاف الحال في الجريمة الوقتية ذات الآثار المستمرة، مثل إقامة بناء بدون ترخيص، أو جريمة لصق إعلانات في أماكن ممنوعة.

في هذين المثالين وقعت الجريمة بمجرد إقامة البناء بدون ترخيص أو بمجرد لصق الإعلانات في الأماكن الممنوعة، ولا دخل لإرادة الجاني في استمرار قيام البناء بدون ترخيص، لأن هذا الاستمرار ليس إلا أثرا للفعل الذي مضى وقوعه، وكذلك الشأن بالنسبة لاستمرار لصق الإعلانات، لأن هذا الاستمرار ليس إلا أثرا للفعل الذي ارتكبه من قبل وهو اللصق.

وبالنسبة للجرائم المتتابة، فإن كل جزء منها يعتبر في حد ذاته جريمة كمن يسرق محتويات منزل على عدة مرات، ففي كل مرة يستولى فيها على قطعة من هذه المحتويات يعتبر سارقا، فإن جعل القانون المرات المتتابة حركة إجرامية واحدة تقع بها جريمة واحدة، إلا أن ذلك لا يحول من حيث الواقع والقانون من اعتبار كل فعل اقترفه في إحدى هذه المرات جريمة مستقلة بذاتها، ومن ثم فإذا وقع أحد هذه الأفعال بعد القانون الجديد انطبق عليه هذا القانون بغض النظر عن الأفعال الأخرى التي وقعت قبله. وكذلك الشأن في جريمة من جرائم الاعتياد التي لا تقع إلا بتكرار ارتكاب فعل معين، مثل جريمة الاعتياد على الربا الفاحش. ففي هذه الحالة تقع الجريمة ولو وقع فعل منها قبل العمل بالقانون الجديد طالما أن حالة الاعتياد لا تتم إلا بالفعل الذي وقع بعد العمل بهذا القانون، وذلك على أساس أن القانون القديم لم يكن قد انطبق بعد على الفعل الذي تم في ظله. ويسرى القانون الجديد اعتبارا من تاريخ العمل به، ولو انطبق على وقائع وقعت في الماضي طالما أن هذه الوقائع وحدها لا تنتج أي أثر قانوني في ظل القانون القديم أو الجديد. ويتوقف الأثر القانوني الذي يولده القانون الجديد على الفعل الذي وقع في ظله مصحوبا بالوقائع التي من قبل والتي تكون في مجموعها حالة الاعتياد ويسرى هذا القانون منذ العمل به.

ولاشك أن تاريخ وقوع الجريمة هو الفصيل في تحديد مدى رجعية القانون الجديد . وقد قضت محكمة النقض بأن القانون الذي يعاقب على الجريمة هو القانون المعمول به وقت ارتكابها^(١) . والعبرة دائما هي بإرادة الجاني من حيث سيطرتها على وقوع الجريمة . فإذا وقع النشاط الإجرامى فى لحظة معينة ثم حدثت النتيجة فى لحظة أخرى ، كمن يطلق عيارا ناريا على شخص ثم يموت المجنى عليه بسبب ذلك بعد أيام ، فإن العبرة فى وقوع الجريمة تكون بالنظر إلى القانون المعمول به وقت النشاط الإجرامى . فالشرعية الجنائية تقوم على سبق إخطار الجاني بنصوص التشريع قبل أن تتجه إرادته الإجرامية إلى ارتكاب الجريمة^(٢) ، وهو ما لا تتحقق حكمته إلا بالنظر إلى النشاط الإجرامى لا بالنظر إلى النتيجة التى تتحكم فى وقوعها عوامل مختلفة كان توقعها أو وجوب توقعها منظورا إليه وفقا للقانون القديم الذى كان معمولا به وقت مقارفة النشاط الإجرامى .

(١) انظر نقض ٢٦ يونية سنة ١٩٣٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما رقم ٢٨ ص ١٩٢١ .
 (٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات ، (القسم العام) طبعة ١٩٩٦ ، المرجع السابق ص ٦٥ .

المبحث الثانى رجعية القانون الأصلح للمتهم

١٧٣ - أساس المبدأ:

يرتكز هذا المبدأ على مبدأ الشرعية الجنائية، استناداً إلى الأسس الآتية:

(أولاً) حماية الحرية الشخصية، إذ يهدف القانون الجديد إلى حماية الحرية الشخصية وصونها من العدوان عليها في إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية، وما يعتبر لازماً لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى. وفي إطار هذه الموازنة وعلى ضوءها، تكون رجعية القانون الأصلح للمتهم ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الشخصية بما يرد عنها كل قيد غداً تقريره، مفتقراً إلى أية مصلحة اجتماعية. ويتحقق ذلك بوجه خاص حين يعود القانون الجديد بالفعل كلية من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة وهى الأصل، مقررًا أن ما كان مؤثماً لم يعد كذلك.

(ثانياً) انتفاء الضرورة الاجتماعية والتناسب في التجريم والعقاب، ذلك أن الفلسفة التى كان القانون القديم ينطلق منها ويعاقب على كل فعل يناقضها قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنتها الجماعة في واحد من أطوار تقدمها بما مؤداه انتفاء الضرورة الاجتماعية الكامنة وراء إنفاذ أحكامه، وحمل المخاطبين بها على الرضوخ لها، ويتعين بالتالى - وكلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم أو يضع أحكاماً لصالح المتهم - أن ترد إلى أصحابها الحرية التى كان القانون القديم ينال منها، وأن يرتد هذا القانون بالتالى على عقبيه إعلاء لقيم القانون الجديد. ولا إخلال في ذلك بالنظام العام، ذلك أن رجعية القانون الأصلح أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انقراط عقده على تقدير أن إعماله منذ صدوره أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحياتهم^(١).

(١) انظر دستورية عليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨.

(ثالثا) الامتداد لقاعدة الشرعية الجنائية، أكدت المحكمة الدستورية العليا أن ثمة قاعدتين تجريان معًا وتتكاملان؛ أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلا في الأفعال اللاحقة لنفاذه، وثانيهما: سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤتمها قانون سابق كلما كان القانون الجديد أكثر يسرًا. وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه أن الثانية فرع من الأولى ونتيجة حتمية لها. وكلتاهما معًا تعتبران امتدادًا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهم معًا القيمة الدستورية ذاتها^(١).

وأكدت المحكمة الدستورية العليا أن النطاق الحقيقي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يتحدد على ضوء ضامين يكفلان الأغراض التي توخاها؛ أولهما وضوح النصوص العقابية بغير غموض، وثانيهما ومفترضها عدم رجعية القانون الجنائي، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها، ذلك أن الحرية الشخصية وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن هذا القانون يرفعها ويحميها إذا كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء من خلال إنهاء تجريم أفعال أئتمها قانون جنائي سابق، أو عن طريق تعديل تكييفها أو ببيان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يمحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل بأسا وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة إليه. فإن كانت الرجعية أكثر فائدة للمركز القانوني للمتهم في مواجهة سلطة الانهام، فإنها تكون أمرا محتوما^(٢).

وعنيت المحكمة الدستورية العليا بالقول بأن قاعدة تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي لا تعتبر استثناء من قاعدة عدم رجعية القانون الجنائي، ولا هي قيد عليها، بل اعتبرتها فرعا منها ونتيجة حتمية لها، وكلتاهما معًا - على حد قول المحكمة الدستورية العليا - تعتبران امتدادا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ولهما معًا القيمة الدستورية ذاتها^(٣).

(١) دستورية عليا في ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية».
(٢) دستورية عليا في ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٠ في ٦ مارس سنة ١٩٩٧، ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٣ في ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧.
(٣) دستورية عليا في ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ سالف الإشارة إليه.

١٧٤ - معيار القانون الأصلح للمتهم

يتحدد القانون الأصلح للمتهم بالمقارنة بين القوانين التي صدرت منذ وقوع الجريمة حتى تاريخ الفصل في الدعوى بحكم بات، لتحديد ما يعتبر أصلح للمتهم. ويتميز هذا المعيار بخصيصتين هما الموضوعية والواقعية.

١ - الموضوعية : يتحدد القانون الأصلح للمتهم وفقا لمعيار موضوعي بحث، بوصفه مسألة قانونية يقرها القاضى وفقا لضوابط معينة. فلا يجوز للمتهم المطالبة بتطبيق قانون معين بحجة أنه هو الأصلح له^(١). كما لا يجوز للقاضى أن يعبر عن وجهة نظره الشخصية، وإنما يجب عليه دائما أن يستعين بالضوابط القانونية في تحديد ما هو أصلح للمتهم.

٢ - الواقعية : يتحدد القانون الأصلح للمتهم بالنظر إلى كل جريمة على حدة. فلا يتم هذا التحديد وفقا لمعيار مجرد بناء على المقارنة بين القانونين القديم والجديد سواء من حيث اتجاههما العام أو من حيث مجموع نصوصهما. وإنما تتم هذه المقارنة بنظرة واقعية بالنظر إلى كل جريمة على حدة، بين حكم كل من القانونين عند تطبيقه على هذه الجريمة من حيث أركانها في ضوء ظروفها المختلفة وشخصية المتهم. فمثلا إذا نص القانون القديم على جواز وقف تنفيذ العقوبة، ثم جاء القانون الجديد فألغى وقف التنفيذ وأنقص مدة العقوبة، فإن القانون القديم يعتبر أصلح للمتهم إذا كانت ظروف الجريمة وشخصية المتهم تدعو إلى إيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه. هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى متهم آخر لا يستحق إيقاف التنفيذ، فإن القانون الجديد يعتبر هو الأصلح له. وكذلك الشأن إذا كان القانون القديم ينص على عقوبة الحبس أو الغرامة ثم جاء القانون الجديد فرفع الحد الأدنى لعقوبة الحبس وخفض الحد الأدنى لعقوبة الغرامة الجوازية، فإن هذا القانون الجديد يعتبر أصلح للمتهم إذا رأى القاضى أن المتهم يستحق الغرامة بدلا من الحبس، بينما يعتبر القانون القديم أصلح للمتهم إذا رأى القاضى أن المتهم يستحق عقوبة الحبس لا الغرامة.

وغنى عن البيان أنه يجب توافر صفة القانون في النصوص التي يراد تطبيقها، فلا

(١) ومع ذلك نص القانون الأسباني الصادر سنة ١٩٢٨ (المادة ٣/٨) على أنه في حالة التردد في معرفة القانون الأصلح يرجع إلى المتهم لتحديد هذا القانون.

يجوز الخلط في هذا الصدد بين اللوائح التي تصدر بناء على تفويض من السلطة التشريعية، والقرارات الإدارية الفردية التي لا تتوافر فيها أهم خصائص القاعدة القانونية وهي العمومية والتجريد. ولذلك قضت محكمة النقض بأن الأمر الذي يصدره المحافظ بالترخيص لمحل معين يبيع مشروبات روحية بعد الميعاد المحدد في القانون استثناء من القانون تحقيقاً لصوالح مختلفة واعتبارات معينة لا يعتبر قانوناً أصلاً للمتهم^(١). وسوف نبحث فيما يلي ما يعتبر قانوناً أصلاً للمتهم .

١٧٥- تحديد القانون الأصلح للمتهم

١٧٥م - (أولاً): نصوص التجريم :

عند المقارنة بين نصوص التجريم في القوانين المتعاقبة، يعتبر القانون أصلاً للمتهم إذا ترتب عليه إسقاط وصف التجريم عن الفعل الذي ارتكبه الجاني^(٢)، أو

(١) محمود مصطفى ص ٩٣، محمود نجيب حسنى ص ١٠٨.

Levasseur, op. cit., p.178; Andenaes, the general part of the criminal law of Norway, London, 1965, p.330.

وقد عرفت محكمة النقض القانون الأصلح للمتهم بأنه «القانون الذى ينشئ للمتهم مركزاً أو وضعاً يكون أصلاً له من القانون القديم» (نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣، مجموعة الأحكام س ٥ رقم ١٣ ص ٣٩، نوفمبر سنة ١٩٥٦ ص ٧ رقم ٧٣ ص ٢٣٤).

(٢) انظر نقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاماً رقم ٣٤ ص ٩٢١، نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧٧، مجموعة الأحكام س ٢٨ رقم ٢١٣ ص ١٠٤٨ بشأن اعتبار القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٦ فى شأن تنظيم التعامل بالنقد الأجنبى أصلاً للمتهم.

وقد قضى بأن إنشاء أو تعديل أو ترميم المبانى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه فى السنة الواحدة دون موافقة اللجنة المختصة أصبح غير مؤثم بصدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ (نقض ٢ إبريل ١٩٨٥، مجموعة الأحكام س ٣٦ رقم ٨٦ ص ٥١٧).

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ الذى كان يحرم الفعل المسند إلى المطعون ضده قد ألغى بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ الذى صدر قبل الفصل فى الدعوى بحكم بات وأباح هذا الفعل وجعله بمنأى عن التائيم، فإن القانون الجديد يكون هو الأصلح الواجب الاتباع (نقض ١٥ يونية سنة ١٩٩٤، مجموعة الأحكام س ٤٥ رقم ١١٨ ص ٧٥٦).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ قد اعتنق فلسفة جديدة قوامها حرية التعاقد، فلا يكون الجزء الجنائى - المنصوص عليه فى القانونين رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ إلا منهجاً بعد العمل بالقانون الجديد، وذلك باعتبار أن هذا القانون صرح بإلغاء كل =

تخفيف هذا الوصف كأن يجعل الجنائية جنحة^(١) أو تضيق نطاق التجريم بتغيير أركان الجريمة أو ظروفها على نحو يستفيد منه المتهم^(٢) أو تقرير سبب من أسباب الإباحة، أو تقرير مانع من موانع المسؤولية مما توافر في حق المتهم^(٣).

ويعتبر قانوننا في غير صالح المتهم القانون الذي ينشئ جريمة أو يلغى أو يقيد شروط الاستفادة من موانع المسؤولية.

١٧٦ - (ثانياً): نصوص العقاب

١ - يعتبر قانوننا أصلح للمتهم النص الذي يلغى إحدى العقوبات^(٤)، أو يهبط بحدها الأدنى مع اتحاد نوعها^(٥)، أو يتضمن بها عقوبة أخف جوازياً مع العقوبة

= قانون يتضمن أحكاماً تناقض تلك التي أتى بها، بما مؤداه إطراح النصوص المخالفة للقانون الجديد - في شأن يتعلق بالتجريم - سواء تضمنها تنظيم عام أو خاص. (دستورية عليا في ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٠) في ٦ مارس سنة ١٩٩٧، و ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٣) في ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧، ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ».

Crim., 29 Juin 1960, Bull, No. 848.

(١)

وقد قضت محكمة النقض بأن معاقبة المتهم بسرقة مال لمرافق عام بعقوبة الجنائية بعد صدور قانون يزيل عنها وصف الجنائية قبل الحكم النهائي يعتبر خطأ في تطبيق القانون (نقض ١٥ مايو سنة ١٩٧٨، مجموعة الأحكام س ٢٩ ص ١٥٦).

(٢) مثال ذلك أن يضيف القانون الجديد (رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١) إلى أركان جريمة ممارسة الفجور أو الدعارة ركن الاعتقاد، فإنه يعتبر أصلح للمتهم مع القانون السابق الذي كان يعاقب على مجرد إثبات الفجور أو الدعارة مرة واحدة دون اعتياد (نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١، مجموعة قبل صدور الحكم النهائي، فإن المتهم يجب أن يستفيد من ذلك وتصبح جريمته غير قائمة (نقض ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥١، مجموعة الأحكام س ٢ رقم ٦١ ص ١٦٦) وقد حكم بأنه إذا وقع حجز سدادا لدين وارثك المدين جريمة تبديد المحجوزات، ثم صدر قبل الحكم النهائي قانون بمنع المطالبة بالدين الذي وقع الحجز من أجله، فإن الحجز يعتبر لاغياً وتسقط بالتالي جريمة التبديد (انظر نقض ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد ج ٢ رقم ٤٠٠ ص ٧٦٥).

Merle et Vitu, Traité p. 175. Levasseur, op. cit., pp. 179 et 180.

(٣)

(٤) انظر نقض ٥ يونية سنة ١٩٧٧، مجموعة الأحكام س ٢٨ رقم ١٤٣ ص ٦٧٤، ١٩ يناير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ رقم ١٣ ص ٦٩، ٩ فبراير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ رقم ٢٤ ص ١١٩.

(٥) قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المادة ٢٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ قد جرى تعديلها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ على نحو أباح النزول بالغرامة عن قيمة الأعمال المخالفة بعد أن كانت الغرامة محددة بهذه القيمة بما لا يجوز النزول عنها، فإنه يتحقق به القانون الأصلح للمتهم.

(نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س ٤٤ رقم ٤١ ص ٣٠٨).

المقررة أصلا مثل ترك الخيار للقاضي بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة بعد أن كان القانون القديم يوجب القضاء بالعقوبتين معا^(١). ويستوى في نصوص العقاب أن تتضمن عقوبات أصلية أو تبعية أو تكميلية. وإذا هبط القانون بالحد الأدنى لعقوبة سالبة للحرية، فإنه يعتبر أصلح للمتهم ولو رفع عقوبة الغرامة في حديها الأدنى والأقصى^(٢).

٢- كما يعتبر قانونا أصلح للمتهم كل نص عقابي يلغى ظرفا مشددا أو يقيد من تطبيقه أو يضعف من آثاره في تشديد العقاب. وكذلك الأمر إذا تضمن النص مانعا من موانع العقاب أو خفف من الشروط التي يتوافر بها هذا المانع، أو تضمن النص الجديد الترخيص للمحكمة بوقف تنفيذ العقوبة. خلافا لما كان ينص عليه النص القديم. وإذا كان سبب الإعفاء من العقاب (أو التخفيف منه) الذي قرره القانون الجديد مقيدا بشرط معين لم يتحقق في شأن المتهم، وكان يستحيل على المتهم القيام بهذا الشرط لانتهاه المدة المحددة له، فلا يستفيد المتهم من القانون الجديد^(٣). أما إذا كان سبب الإعفاء (أو التخفيف) مقيدا بشرط يمكن أن يحققه المتهم في مهلة مفتوحة له، فإن المتهم يستفيد من القانون الجديد باعتباره الأصلح للمتهم، وفي هذه الحالة إذا كانت القضية معروضة على محكمة النقض تعين القضاء بالنقض وإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع للثبوت من الشرط الموجب للإعفاء أو التخفيف من العقاب.

٣- ويثور البحث عندما يعدل القانون العقوبة ويستبدل بها عقوبة أخرى. لا شك أن معيار القانون الأصلح في هذه الحالة يرجع إلى نوع العقوبة، فعقوبات الجنايات أشد

(١) نقض ٥ إبريل سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ٨٧ ص ٤٠٠.

(٢) قضت محكمة النقض بأن صدور القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ بعد وقوع الفعل وقبل الفصل في الدعوى بحكم نهائي في جريمة أرض زراعية يجعله أصلح للمتهم من القانون القديم لمبوطه بالحد الأدنى لعقوبة الحبس مع إجازته وقف تنفيذها ولا يغير من ذلك رفعه عقوبة الغرامة في حديها الأدنى والأقصى. (نقض ١٦ مايو سنة ١٩٩١، مجموعة الأحكام س ٤٢ رقم ١١٧ ص ٨٤٠).

(٣) قضت محكمة النقض بأنه لا محل لإعفاء المتهم بقيامه بأعمال البناء بغير ترخيص من الغرامة المقررة بها عملا بحكم المادة الثالثة من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ المعدلة بالقانونين رقمي ٥٤ لسنة ١٩٨٤ و ٩٩ لسنة ١٩٨٦ إذ إن شرط الاستفادة بهذا الإعفاء أن يتقدم المخالف بطلب إلى الوحدة المختصة لوقف الإجراءات التي اتخذت ضده في خلال المهلة التي انتهت في ٧ يونية سنة ١٩٨٧، وهو ما لم يثبت تحققه في الدعوى الماثلة (نقض ١٦ من إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة الأحكام س ٤٣ رقم ٦١ ص ٤١٢).

من عقوبات الجنج، وهذه الأخيرة أشد من عقوبة المخالفة (الغرامة)^(١). كما أنه في إطار عقوبات الجنابات تتدرج العقوبات من حيث شدتها من الإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة إلى المؤقتة ثم إلى السجن. وفي إطار عقوبات الجنج تتدرج العقوبات من حيث شدتها من الحبس مع الشغل إلى الحبس البسيط^(٢) إلى الغرامة.

إلا أن دقة البحث تتجلى في العقوبات السالبة للحرية بدءاً من الأشغال الشاقة المؤقتة إلى الحبس. ولا صعوبة إذا اتحد القانون القديم مع القانون الجديد في نوع العقوبة السالبة للحرية، إذ يعتبر القانون الجديد أصلح للمتهم إذا كانت مدة العقوبة التي نص عليها أقل مما أوردها القانون القديم.

ولكن الصعوبة تتجلى عندما يتضمن القانون الجديد عقوبة سالبة للحرية أشد من حيث النوع وأقل في مدتها مما نص عليه القانون القديم، كأن ينص القانون الجديد على عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تزيد على عشر سنوات، بينما كان القانون القديم ينص على عقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمسة عشر سنة. في هذه الحالة إذا أخذنا بمعيار نوع العقوبة، فإن القانون الجديد يعتبر أسوأ للمتهم فلا يطبق بأثر رجعي مهما خفف هذا القانون من مدة العقوبة في حديها الأدنى والأقصى، لأن المفاضلة بين العقوبات تكون بالنظر إلى نوع العقوبات^(٣). وقد ذهب رأي^(٤) إلى إقامة المفاضلة بين العقوبات السالبة للحرية على أساس مدتها بغض النظر عن نوعها. ووفقاً لهذا الرأي تعتبر عقوبة السجن لمدة خمسة عشر عاماً أسوأ من عقوبة الأشغال الشاقة لمدة عشر سنوات. ويؤيد هذا الرأي المعيار الذي اتخذه القانون في المادة ٣٥ عقوبات وهو أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كلها أية عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها

(١) نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون الأحداث رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم لأنه ينشئ للمحكوم عليه وضعاً أصلح له من النصوص الملغاة، ذلك بعد أن كان القانون الذي وقع الفعل في ظله يحظر توقيع عقوبة الإعدام على من لم يبلغ سبع عشرة سنة كاملة، فإنه بصدر القانون الجديد أصبح هذا الحظر ممتداً إلى من لم يتجاوز سنه ثمانى عشرة سنة (نقض ٣ يونيو سنة ١٩٧٤ مجموعة الأحكام س ٢٥ ص ٥٣٩).

(٣) انظر نقض ١٥ مايو سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد ج ٤ رقم ١٢١ ص ١٧٩.

(٤) انظر:

لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة، فوفقا لهذا النص تجب عقوبة الأشغال الشاقة وهي الأشد العقوبة الأخرى المقيدة للحرية في حدود مدة هذه العقوبة فقط، مما يعنى أن الأفضلية بين نوعي العقوبة سيكون عند اشتراكهما في مدة واحدة، ففي حدود هذه المدة فقط تجب العقوبة الأشد نوعا (وهي الأشغال الشاقة) العقوبة الأخف نوعا (السجن أو الحبس). فإذا كان القانون قد رأى أن عقوبة الأشغال الشاقة أشد على إطلاقها من العقوبة السالبة للحرية الأخف منها لنص على جبرها كلية بغض النظر عن مدة العقوبة الأخرى الأخف.

٤ - ويدق البحث أيضا إذا كانت المفاضلة بين عقوبات غير سالبة للحرية (الغرامة والمنع من مزاولة المهنة وغلقي المحل إلى غير ذلك من التدابير الاحترازية) فلم ينص المشروع على أى تدرج بين هذه العقوبات، إلا أنه يلاحظ أن هذه العقوبات تشترك في الضرر المالى الذى يتعرض له المتهم. ومن ثم فإن القاضى يعقد المقارنة بين هذه العقوبات بنظرة واقعية وفقا لظروف كل متهم^(١).

٥ - وتتحدد مدة العقوبة السالبة للحرية في ضوء الحد الأدنى والأقصى. ولا صعوبة إذا خفض القانون الجديد من هذين الحدين معا، وإنما الصعوبة إذا خفض أحد الحدين ورفع الآخر. مثال ذلك أن تكون العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم هي السجن (ومدتها تنحصر ما بين ثلاثة وخمسة عشر سنة) فيعدل القانون الجديد أحد الحدين بأن يرفع الحد الأدنى وينقص الحد الأقصى. والراجح عندنا وفقا للمعيار الواقعى للقانون الأصلح أنه لا يمكن إقامة مقارنة مجردة بين القانونين القديم والجديد لأنها تتحدد على ضوء الجريمة وشخصية المتهم ومدى استحقاقه وفقا لوقائع الدعوى للحد الأدنى أو الحد الأقصى للعقوبة. فإذا كانت ظروف كل من الجريمة والمتهم تبرر الحكم عليه بالحد الأدنى كان القانون القديم هو الأصلح للمتهم. أما إذا كانت هذه الظروف تبرر الحكم عليه بالحد الأقصى كان القانون الجديد هو الأصلح للمتهم^(٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عقوبة غلق المؤسسة يعتبر جزاء أشد من عقوبة الغرامة.

(Crim. 30 Dec. 1922, Bull. No.444).

(٢) قد اختلفت الآراء في تحديد القانون الأصلح في هذه الحالة، فذهب رأى إلى المزج بين القانونين عن طريق الجمع بين أقل القانونين في الحد الأقصى مع أقل القوانين في الحد الأدنى.

١٧٧ - النصوص غير الجنائية:

ثار البحث عما إذا كان إلغاء أو تعديل النصوص غير الجنائية^(١) يدخل في عداد مفهوم القانون الأصلح للمتهم، وهل يعبر عن تغير سياسة المشرع في التجريم.

ذهب البعض إلى أن التفرقة بين نصوص الغاية "disposition de buts" ونصوص الوسيلة "dispositions de moyen" بمناسبة الجرائم الاقتصادية التي تأتي مخالفة لقرارات لائحية أو قوانين اقتصادية، فنصوص الغاية هي التي يقصد بها المشرع تحقيق هدف مختلف عما استهدفه القانون السابق أى تعديل السياسة الاقتصادية. أما نصوص الوسيلة فلا تستهدف تحقيق هذا الاختلاف ولا تقصد أى تعديل في السياسة الاقتصادية وإنما تبغى مجرد تعديل الوسيلة التي تكفل تحقيق هذا الغرض^(٢). ولا ينطبق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم إلا على نصوص الغاية فقط. وقد عنى بعض الفقهاء بالقول بأن نصوص الغاية تعتبر القواعد الجنائية، وأن نصوص الوسيلة تعتبر القواعد غير الجنائية^(٣). وبالتالي فإن الرايين السابقين يلتقيان في فكرة واحدة.

وواقع الأمر أنه لا يجوز تطبيق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم على القواعد غير الجنائية، لأن شدة القانون أو تخفيف جسامته تتحدد موضوعيا بالنظر إلى التجريم

Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal 1888. No.622 et s.

وعيب هذا الراى أنه يخلق قانونا ثالثا لم يتجه إليه قصد المشرع. وذهب رآى آخر أن العبرة في المقارنة هي بالحد الأقصى المبين في كلا القانونين، لأنه يقوى من سلطة القاضى ويحرم المتهم من الاستفادة من التخفيف إذا كان القانون مخففا الحد الأقصى كلما حقق مصلحة محققة للمتهم في ألا يزيد عقابه عن حد معين.

(Merle et Vitu, p.176. Garçon, art. 4. No.113).

وعيب هذا الراى أن القانون الذى ينقص من الحد الأقصى قد يرفع من الحد الأدنى في ظروف يكون المتهم فيها أحق بالنزول عن هذا الحد، وذهب رآى ثالث إلى أن العبرة في المقارنة هي الحد الأدنى المعين في كلا القانونين، لأن القانون الذى يهبط بالحد الأدنى هو الأميل للرفق بالمتهمة ويتيح له الحصول على أقصى درجات التخفيف. انظر:

Godby, Commentary on Egyptian Criminal law, part, 1 (1924), art5, No.3, p.70.

وعيب هذا الراى أن القانون الذى ينقص من الحد الأدنى قد يرفع من الحد الأقصى للعقوبة فيعرض المتهم لهذه العقوبة المشددة.

(١) راجع بند ١٥٩.

(٢) انظر: Vienne; Le principe de la retroactivité de la loi pénale plus douce doit être considéré comme absolu J.C.P. 1947 - 618.

Decoq, op. cit., 132 et 133.

(٣)

والعقاب ، ولا تتحدد حسبها يؤدي إليه النص غير الجنائي بعد تعديله إلى تبرئة المتهم أو إلى تخفيف العقاب ، وذلك باعتبار أن أهداف قانون العقوبات تتميز عن أهداف القانون غير الجنائي ، فهو لا يحمي كل المصالح التي تنظمها القوانين غير الجنائية إلا في حدود الضرورة والتناسب الذي يتطلبه التدخل الجنائي . ولذلك فإن كل تعديل في القانون غير الجنائي لا ينظر إليه بوصفه أشد أو أصلح للمتهم لأنه يعبر عن فلسفة غير جنائية ؛ ما لم يعبر في ذات الوقت عن فلسفة جديدة للتجريم والعقاب إذا كانت القواعد غير الجنائية تندمج اندماجا في شق التكليف الجنائي الوارد في القواعد الجنائية على النحو الذي أوردناه فيما تقدم^(١).

وهناك يجدر التنبيه مرة أخرى إلى أن التمييز بين القواعد الجنائية وغير الجنائية ، لا يعنى مطلقا أننا ننكر الاندماج الكامل بين بعض القواعد غير الجنائية والقواعد الجنائية ، كما هو الحال بالنسبة للقواعد الجنائية (على بياض) . فكل تعديل في القواعد غير الجنائية لا يكشف في حد ذاته عن التطوير في سياسة التجريم أو سياسة العقاب ، فهو أمر لا يمكن إدراكه إلا من خلال معرفة سياسة المشرع في إضفاء الحماية الجنائية على المصالح التي تحميها القواعد غير الجنائية أو العقوبات المقررة . هذا بخلاف الحال عند تعديل القواعد الجنائية فإنها دائما تكشف في حد ذاتها عن تطوير في سياسة التجريم أو سياسة العقاب . وكذلك الشأن عندما يتحقق الاندماج الكامل بين القاعدة غير الجنائية والقاعدة الجنائية إذا انصب التكليف بالأمر أو النهي الذي نصت عليه القاعدة الجنائية على ما ورد في القاعدة غير الجنائية . مثال ذلك القاعدة الجنائية التي تعاقب على الأفعال التي تحددها لائحة صادرة بناء على قانون ، ففي هذه الحالة يندمج التكليف الوارد في القاعدة الجنائية في الأمر المنصوص عليه في القاعدة غير الجنائية . فلإذا جاءت القاعدة الجنائية مثلا وعاقبت على بيع سلعة مسعرة ، ثم صدر قرار وزير التموين بإلغاء التسعير الجبري ، اعتبر هذا القرار قانونا أصلح للمتهم لأنه يؤدي إلى إلغاء التكليف الوارد في القاعدة الجنائية ، بما ينطوي عليه من عدم تجريم البيع وفقا لهذا القانون الجديد . هذا بخلاف الحال فيما لو نص قرار وزير التموين على رفع سعر سلعة معينة ، فإنه لا يعتبر قانونا أصلح للمتهم ببيع هذه السلعة بما يزيد عن

(١) انظر ما تقدم بند ١٥٩ .

التسعيرة، إذا ترتب على قرار وزير التموين اعتبار المتهم بائعاً في حدود السعر القانوني، وذلك لأن هذا القرار لم يترتب عليه إلغاء التكليف الوارد في القاعدة الجنائية ولا يشير إلى العدول عن سياسة التجريم لأنه لا ينطوي على الرجوع عن السياسة الاقتصادية التي يحميها المشرع بالنسبة إلى هذه السلعة^(١).

وفي ضوء هذا المعيار اتجهت محكمة النقض إلى البحث عن مدى تأثير القانون الجديد على سياسة التجريم والعقاب، فقضت بأن المقصود بالقانون الأصلح هو القانون الذي ينشئ للمتهم مركزاً أو وضعاً يكون أصلح له من القانون القديم، وأن قرار وزير التموين اللائحى الذي يقضى بتخفيض وزن الرغيف لا يقصد به رعاية جانب أصحاب المخابز ولا التيسير عليهم، وإنما تهدف الوزارة بإصداره إلى تحقيق اعتبارات اقتصادية بحتة تتصل بسياسة الحكومة^(٢). وقضت بأن جدول التسعيرة الذي يرفع سعر السلعة لا يعتبر قانوناً أصلح بالمعنى المقصود لأنه لم يبلغ التسعيرة إلغاء، ولكنه يعتبر تنظيمياً للأثمان التي تعرض بها السلع المسعرة وفق مقتضيات الأحوال وتغيير ظروف العرض والطلب في زمان ومكان محددين^(٣) وقد عنيت محكمة النقض بأن تبرز اعتمادها في تحديد القانون الأصلح على معرفة سياسة المشرع في التجريم (أو العقاب) فقضت بأن تغيير مواصفات الردة لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم في جريمة استخراج ردة معدة لرغيف العجين غير مطابقة للمواصفات لأن القرارات التموينية التي تحدد تلك المواصفات، لا تعدو أن تكون من قبيل التنظيمات التي تملئها تلك الظروف في غير مساس بقاعدة التجريم أو العناصر القانونية للجريمة^(٤).

ويختلف الحل إذا كان القانون الجديد غير الجنائي قد عدل كلية عن السياسة الاقتصادية التي كان يأخذ بها القانون القديم، دون أن يكون هذا العدول مرتبطاً بظروف معينة كانت تحكم السياسة القديمة، بقدر ما يكون العدول مرتبطاً بأهداف

Decoq, p.133.

(١)

(٢) نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣، مجموعة الأحكام س ٥ رقم ١٣ ص ٣٩، ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ س ٧ رقم ٧٣ ص ٢٤٣، ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ س ١٧ رقم ١٣٥ ص ٧٣٢، ٧ مارس سنة ١٩٦٧ س ١٨ رقم ٦٩ ص ٣٨٠، ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٧ س ١٨ رقم ١١٠٥، ٨ يناير سنة ١٩٦٨ س ١٩ رقم ٨ ص ٣٩، مارس سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٦٨ ص ٢١٣.

(٣) نقض ٢٥ إبريل سنة ١٩٥٩، مجموعة الأحكام س ٦ رقم ٢٦١ ص ٨٦٤.

(٤) نقض ١٣ يناير سنة ١٩٦٩، مجموعة الأحكام س ٢٠ رقم ٢٥ ص ١١٨، وانظر في تقييم هذا القضاء محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية ج ١ سنة ١٩٦٣ ص ٨٩.

جديدة للسياسة العامة للدولة . ولهذا قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه إذا أصدر وزير التموين قرارا بتقييد تداول بعض السلع بناء على سياسة تدخل الدولة في الاقتصاد وتخطيطها وتوجيهها وإدارتها للحياة الاقتصادية واستبعادها لدور القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية . ثم ألغى هذا القرار بناء على اتجاه الدولة إلى تحرير الاقتصاد المصرى من القيود التى وضعت على الحرية الاقتصادية ، فإن هذا الإلغاء يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم^(١) . وواضح فى هذه الحالة أن فلسفة تعديل السياسة الاقتصادية اقترنت فى ذلك الوقت بتعديل فلسفة التجريم .

ويسرى ذات الحكم القانونى السالف بيانه على القواعد غير الجنائية التى تحدد مراكز قانونية يعتبر توافرها لازما لتحديد وصف الجريمة ، أو لتشديد العقوبة على النحو الذى سبق إيضاحه^(٢) . ففى هذه الحالة إذا عدل المشرع الجنائى عن اتخاذ هذه المراكز القانونية شرطا لتحديد وصف الجريمة أو تشديدها اعتبر ذلك تعبيرا عن تغيير سياسة التجريم والعقاب كما إذا استبعد بعض صور الموظف العام المنصوص عليها فى المادة ١١٩ مكررا ، أو استبعد بعض صور الجهات المالكة أو المشرفة أو المديرية للمال العام طبقا للمادة ١١٩ عقوبات . أما إذا عدل المشرع غير الجنائى فى شروط توافر المركز القانونى مثال شروط تعيين الموظف العام أو شروط رقابة الجهة على المال العام أو شروط توافر الصفة اللازمة فى الظرف المشدد ، فإن هذا التعديل لا ينبئ عن تغيير فى سياسة التجريم والعقاب ولا يعتبر قانونا أصلح للمتهم .

ويلاحظ أنه فيما يتعلق بالنصوص ذات الطبيعة اللائحية ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن إلغاء هذه النصوص فى المواد الاقتصادية ليس له أثر رجعى إلا إذا نص صراحة على غير ذلك^(٣) . إلا أن هذه المحكمة منذ حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٨٧ أكدت على أنه فى المسائل الاقتصادية والجمركية ، لا يترتب على إلغاء النص اللائحى تطبيقه بأثر رجعى ولو كان فى صالح المتهم ؛ ما لم يكن هذا الإلغاء قد تم قبل رفع الدعوى الجنائية بل وقبل إثبات الجريمة فى محضر ضبط الواقعة . إلا أن هذا الموقف الأخير لمحكمة النقض الفرنسية يعوزه الأساس القانونى للربط بين الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم وإثبات الجريمة فى المحضر أو رفع الدعوى

(١) الدستورية العليا فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، العدد ٤٩ من الجريدة الرسمية فى ديسمبر سنة ١٩٩٢ .

(٢) انظر فيما تقدم بند ١٥٩ .

(٣) Crim, 1 er Juin 1981, Bull, p.179.

الجنائية عنها طالما لم يصدر قبل صدور القانون الأصلح للمتهم حكم بات بالإدانة^(١). ويجب أن ننظر دائما عما إذا كان إلغاء النصوص اللائحية ذات الطبيعة الاقتصادية يؤثر في ضرورة استمرار التجريم أو العقاب من عدمه.

وفي ضوء ما تقدم يتعين التمييز بين نوعين من القواعد:

(١) قواعد غير جنائية (خالصة).

(٢) قواعد غير جنائية تندمج في القواعد الجنائية.

فبالنسبة إلى القواعد غير الجنائية (الخالصة)، فإنها كما بينا من قبل^(٢)، لا تعتبر من قانون العقوبات، وإن كان إعمالها شرطا مفترضا لقيام الجريمة. مثال ذلك تعديل شروط انعقاد الحجز في جريمة تبديد المحجوزات، وتعديل شروط انعقاد عقود الأمانة في جريمة خيانة الأمانة، وتعديل شروط صحة الشيك في جريمة إصدار شيك بدون رصيد. في هذه الحالات لا يندمج شق التكليف الوارد في القاعدة الجنائية في المركز القانوني الذي حددته القاعدة غير الجنائية؛ لأن التجريم الذي تعبر عنه القاعدة الجنائية يتوقف على معيار الضرورة والتناسب الذي يتوقف عليه التدخل الجنائي، وهو ما لا يتطابق مع معيار التدخل بالحماية غير الجنائية. ومن ثم فإن أى تعديل في القواعد غير الجنائية سائلة الذكر بما ينطوي على شروط توافر المراكز القانونية التي ولدت مصالح يحميها قانون العقوبات لا يمكن أن يعتبر قانونا أصلح للمتهم؛ طالما أن المصلحة المحمية بالقانونين الجنائي وغير الجنائي المتولدة من المركز القانوني ما زالت واحدة لم تتغير. وقد ثار البحث بمناسبة صدور القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة الذي استحدث تنظيم أحكام الشيك ونص في إطار هذا التنظيم في المادة ٤٧٥ منه على أن الصك المسحوب في صورة شيك على غير بنك أو المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه لا يعتبر شيكا، فقد قضت إحدى دوائر محكمة النقض بأن القانون الجديد قد ألغى بذلك ما كان يعتد به العرف من قبل من جواز سحب الشيك على غير نماذج البنك المسحوب عليه، وأنه طالما أخرج قانون التجارة الجديد الصك

Crim, 16 Mars 1987, Bull, p.125.

Crim, 10 Mai 1989, Bull, p.187.

Crim, 7 Juin 1990, Bull, p.232.

Merle et Vitu, T. 1, op. cit., No.273, p.365,366.

(١)

وانظر:

(٢) انظر ما تقدم بند ١٥٩.

المسحوب في صورة شيك والمحزر على غير نماذج البنك المسحوب عليه من عداد الشيكات، وكانت الحماية الجنائية تنحصر عن كل محرر لا تتوافر فيه شروط اعتباره شيكا، فإن القانون الجديد يعتبر هو الأصلح للمتهم بإصدار شيك محرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه. وأضافت هذه الدائرة من محكمة النقض أنه لا يعتبر من تطبيق القانون الأصلح للمتهم ما نصت عليه المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التجارة الجديد من إرجاء العمل بالأحكام الخاصة بالشيك حتى أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، استنادا إلى قواعد القانون الأصلح للمتهم تسرى من يوم صدوره طبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات بغض النظر عن ميعاد سريانه^(١).

واتجهت دائرة أخرى من دوائر محكمة النقض إلى تبني وجهة نظر مغايرة لوجهة نظر الدائرة الأولى، تأسيسا على أن الشيكات التي صدرت قبل أكتوبر ٢٠٠٠ تظل خاضعة لحكم المادة ٣٣٧ عقوبات التي عاقبت على إصدار شيك بدون رصيد، ولا يمتد إليها حكم القانون الجديد بأثر رجعي - حتى لو كان أصلح للمتهم - لتخلف مناهج أعمال هذا الأثر^(٢).

وجاءت الهيئة العامة للمواد الجنائية فحسنت هذا الخلاف مؤكدة أن المشرع لم يقصد أن ينفي عن الشيكات التي صدرت قبل العمل بأحكامه هذه الصفة المجردة مخالفتها للقواعد التي استحدثها، بل اعتد بتلك الشيكات متى استوفت شرائطها وفقا للقواعد القانونية السارية وقت إصدارها، وعمد إلى تأكيد سلامتها وصحتها، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه «تطبق على الشيك الصادر قبل هذا التاريخ الأحكام القانونية المعمول بها في تاريخ إصداره، إذا كان ثابت التاريخ أو تم إثبات تاريخه قبل أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠» ومن ثم، فإنه متى اعتبرت الورقة شيكا طبقا للقانون الساري قبل نفاذ نصوص الفصل الخاص بأحكام الشيك في قانون التجارة الجديد، فإن إعطائه دون أن يكون له رصيد قائم وقابل للسحب يشكل فعلا مجرما^(٣).

وهذا الذي قضت به الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض يعبر عن صحيح القانون بشأن خضوع القواعد غير الجنائية للقانون الذي يحكمها كأصل عام، طالما أن

(١) نقض ٩ يونية سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ قضائية، دائرة الأربعاء «ج».

(٢) نقض ١٤ يونية سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٣٣٠٥ لسنة ٦٤ قضائية.

(٣) نقض الهيئة العامة للمواد الجنائية في ١٠ يونية سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ قضائية.

نية المشرع لم تنصرف إلى عكس ذلك . وبعبارة أخرى ، فإن القواعد غير الجنائية تخضع لقانونها طالما أن تعديلها لا ينطوي على تعديل في سياسة التجريم والعقاب . والواضح من قانون التجارة الجديد أن المركز القانوني لحامل الشيك ما زالت مصالحه محمية مثلما كانت عليه الحال قبل هذا القانون ، وأن ما أثير حول الشيك الخطي كان يتعلق بشروط توافر المركز القانوني المتولد عن الشيك لا بمبدأ حماية الحقوق المتولدة عن هذا المركز القانوني^(١).

أما القواعد غير الجنائية التي تندمج في القواعد الجنائية ، فإنها تحكم شق التكليف الوارد في القاعدة الجنائية . فإذا نصت قاعدة جنائية على مخالفة الأفعال الصادرة بقرار لائح من الوزير المختص ، فإن إلغاء هذا القرار أو تعديله بما ينطوي على إباحة هذه الأفعال ، يندرج تحت مفهوم القانون الأصلح للمتهم ؛ لأن استبعاد هذه الأفعال من شق التكليف الوارد بالقاعدة الجنائية يكشف قصد المشرع في إخراجها من دائرة التجريم ، وهو قصد لا تجوز مصادرته فيه .

١٧٨ - القانون الذى يجمع بين قواعد فى صالح المتهم وأخرى فى غير صالحه

إذا جمع القانون الواحد - أو النص القانوني الواحد - بين قواعد قانونية بعضها فى صالح المتهم وأخرى فى غير صالحه ، فكيف يمكن الوصول إلى الحل ؟

يختلف الحل باختلاف ما إذا كان القانون قابلاً للتجزئة أو غير قابل لذلك . ويكون القانون قابلاً للتجزئة إذا كان يمكن تطبيق بعض نصوصه فى معزل عن النصوص الأخرى . مثال ذلك القانون الجديد الذى يبيح وقف تنفيذ العقوبة فى أحد نصوصه ، ويحيز عقوبة الحبس - التى لم تكن منصوصاً عليه فى القانون القديم - فى نص آخر . فى هذه الحالة يعتبر القانون الجديد أصلح للمتهم فيما يتعلق بالنص الذى يبيح وقف التنفيذ .

أما القانون - أو النص - غير القابل للتجزئة ، فهو الذى يتضمن قواعد تعبير فى مجموعها كياناً واحداً لا يتجزأ . مثال ذلك القانون الجديد الذى يجعل العقوبة التكميلية الوجوبية المنصوص عليها فى القانون القديم - عقوبة تكميلية جوازية ، إلا أنه يضاعف مدة هذه العقوبة . فى هذه الحالة يتعذر تجزئة هذا القانون ومعرفة ما هو فى صالحه

(١) وتتوقع أن يستمر الجدل بعد العمل بقانون التجارة الجديد حول ما إذا كانت المصلحة المحمية جنائياً تتوقف على توافر المركز القانوني وفقاً لكافة الشروط التى يتطلبها القانون التجارى ، أم يكفى توافر الشروط التى تقيم هذا المركز القانوني من حيث الظاهر.

بطريقة مجردة "in concreto". هنا يتعين تحديد أى القانونين أصلح للمتهم فى ضوء ظروف الدعوى. فإذا رأت المحكمة أخذ المتهم بالرأفة طبقت القانون الجديد فيما يتعلق باعتبار العقوبة التكميلية جوازية، يمكنها ألا تحكم عليه بهذه العقوبة تطبيقاً لما رخص لها به القانون الجديد. أما إذا رأت المحكمة أن ظروف الدعوى تتطلب الحكم بالعقوبة التكميلية جاز لها أن تطبق القانون القديم فيما يتعلق بمدة هذه العقوبة، لأن القانون الجديد الذى ضاعف هذه المدة ليس فى صالح المتهم. وكذلك أيضاً إذا كان القديم يعاقب بالحبس والغرامة معاً، ثم جاء القانون الجديد فخفف من الحد الأدنى لعقوبة الحبس ورفع قيمة الغرامة فى حديقها الأدنى والأقصى، فيطبق القاضى القانون الجديد برمته على أساس أنه الأصلح للمتهم، باعتبار أن العبرة فى المقارنة تكون بالنظر إلى نوع العقوبة الأصلية وفقاً لترتيبها فى القانون (المواد ١٠ و ١١ و ١٢ عقوبات)، ومن ثم فإن عقوبة الغرامة مهما ارتفع قدرها أخف دائماً من عقوبة الحبس فى نظر القانون^(١).

والواقع من الأمر، فإن تقدير مدى قابلية القانون - أو النص - للتجزئة يتم بحسب الأصل فى ضوء معايير تنبثق من العلاقة المنطقية بين مختلف النصوص، والتوازن الذى يتوخاه الشارع بينهما، والسياسة الجنائية التى يتوخاها المشرع. إلا أنه يتعين إحداث هذا التقدير فى ضوء احتمالات تطبيق النص على شخص معين، وليس بصفة مجردة. فإذا تبين للمحكمة أن القواعد التى نص عليها لصالح المتهم وتلك القواعد التى نص عليها فى غير صالحه تعتبر معاً كياناً غير قابل للتجزئة، فإن القاضى يجب أن يحترم مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات الذى جاء فى غير صالح المتهم، مما يتعين معه عدم مساءلة المتهم عن فعل لم يكن جريمة وقت ارتكابه، ولا تطبق عقوبة أشد مما كان منصوباً عليه وقت مقارنة هذا الفعل.

١٧٩ - التنازع بين القوانين المتتابعة

لا تتنازع القوانين إلا بقدر تعارضها، فإذا كانت الجريمة التى أنشأها القانون السابق هى ذاتها التى هدمها القانون الجديد، فإن وجودها وانعدامها يتصادمان، فلا يستقيم اجتماعهما، ولا يطبق سوى القانون الأصلح للمتهم.

فقد يحدث بعد وقوع الجريمة وقبل صدور حكم بات فى الدعوى الجنائية أن يصدر

(١) نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥.

نقض ١٦ مايو سنة ١٩٩١، مجموعة الأحكام س ٤٢ رقم ١١٧ ص ٨٤٠.

أكثر من قانون للعقوبات يكون الأول أصالح للمتهم ، ويكون الثانى فى غير صالحه .
فى هذه الحالة يتعين تطبيق القانون الأصالح للمتهم بين هذه القوانين المتتابعة^(١) .
فتكون المقارنة بين القانون الأول والقانون الثانى لتحديد ما هو أصالح للمتهم بين
الاثنين ، ثم تكون المقارنة بين القانون الأصالح للمتهم منهما والقانون الثالث ، فلا يطبق
من بينهما غير القانون الأصالح منهما .

١٨٠ - نطاق تطبيق مبدأ عدم الرجعية على قواعد الإجراءات الجنائية

أكدنا فيما تقدم أن الشرعية الجنائية يخضع لها قانون الإجراءات الجنائية باعتبار أن ما
ينظمه من إجراءات يمس الحقوق والحريات . ولذلك ، فإن هذا القانون يطبق بأثر
فورى على جميع الإجراءات التى تتم بعد العمل به ، ولو كانت بشأن جرائم وقعت فى
ظل قانون قديم^(٢) ، ولذلك ، فإن كل إجراء تم صحيحا فى ظل قانون معين ، فإنه يظل
صحيحا خاضعا لأحكام هذا القانون ، ولا يؤثر فى صحته صدور قانون جديد يعدل
من شروط صحة هذا الإجراء^(٣) . فمثلا إذا كان إذن التفتيش الصادر من النيابة العامة
صحيحا وفقا لقانون معين ، فإنه لا يؤثر فى صحته صدور قانون جديد يعدل فى شروط
هذا الإذن^(٤) . ومن ناحية أخرى ، فإن الإجراء الذى وقع باطلا فى ظل قانون معين يبقى
باطلا ولو صدر قانون لاحق يعتبر الشرط الذى بوشر بمقتضاه كافيا لصحته قانونا ، لأن
هذا الشرط يحكم الإجراءات التى تتم بعد القانون الجديد لا قبله^(٥) .

على أن تطبيق هذه القاعدة ليس أمرا سهلا فى جميع الأحوال ، فقد أثار بعض
الصعوبة فيما يتعلق بقوانين التنظيم القضائى والاختصاص ، والقوانين المتعلقة بمباشرة
الدعوى الجنائية ، والقوانين المتعلقة بنظام الأدلة ، والقوانين المتعلقة بإصدار الأحكام
والقوانين المتعلقة بطرق الطعن ، وفيما يلى بيان لما أثير فى هذا الصدد .

Crim., 23 Nov. 1983, Bull., No.34.

(١)

Léauté, Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, Rev. Sc. crim op. cit., p.50.

(٢) نصت المادة الثانية من قانون المرافعات على أن كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون
معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك .

(٤) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ ، مجموعة الأحكام س ٤ رقم ٤٤ ص ١٠٥ ، ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ رقم
٥١ ص ١٢٧ ، ٦ يونيو سنة ١٩٥٣ س ٤ رقم ٣٣٢ ص ٩١٩ .

(٥) قارن مع ذلك قضاء منتقد فى نقض ٧ مايو سنة ١٩٥٧ ، مجموعة الأحكام س ٨ رقم ١٣٠ ص ٤٧١ ، ٢٥
نوفمبر س ٩ رقم ٢٣٩ ص ٩٨٦ حيث صححت محكمة النقض بطلان التحقيق الذى أجراه معاون
النيابة على أساس صدور القانون رقم ٦٣٠ لسنة ١٩٥٦ بعد التحقيق بيجز لمعاون النيابة إجراء تحقيق برمه .

١- قوانين التنظيم القضائي والاختصاص

استقر القضاء في مصر على أن تطبق قواعد التنظيم القضائي والاختصاص بأثر فوري على الخصومة الجنائية القائمة. فإذا عدل القانون من اختصاص محكمة قائمة بنقل بعض ما كانت تنظره من الدعاوى طبقاً للقانون القديم إلى محكمة أو إلى جهة قضاء أخرى، فإن هذه الجهة الأخيرة تصبح مختصة ولو كانت الدعاوى قد رفعت إلى المحكمة الأولى بالفعل طالما أنه لم يفصل فيها بحكم غير قابل للطعن (حكم بات)^(١)، وذلك كله ما لم ينص الشارع على أحكام وقتية تنظم مرحلة الانتقال فهي وحدها التي تطبق في هذه الحالة^(٢). وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى تطبيق هذا المبدأ ذاته، إلا أنه أوجب لتطبيق القانون بأثر فوري ألا تكون الدعاوى قد صدر فيها حكم في الموضوع من محكمة أول درجة. ففي هذه الحالة يرى الفقه والقضاء الفرنسي أنه بصدد هذا الحكم - سواء لصالح المتهم أو ضده - فإن المتهم يكتسب حقاً في استمرار محاكمته عند الطعن في ذلك الحكم أمام ذات الجهاز القضائي حتى تنتهي الخصومة بحكم بات^(٣). وتري محكمة النقض المصرية عكس ذلك، فقضت بأنه متى نقض الحكم وأحيلت القضية إلى محكمة الجنايات، فإن ذلك يستوجب عرضها على محكمة الجنايات المشكلة وفقاً لأحكام القانون السارية وقت نظر الدعاوى من جديد^(٤).

(١) نقض ٨ فبراير سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ١٣٥ ص ١٧٤، وانظر نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٠ س ١١ رقم ١٦١ ص ٨٣٦.

(٢) مثال ذلك القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ بإلغاء الأحكام العرفية، فقد نصت المادة الثانية منه على إحالة قضايا الجنايات التي لم تبدأ المحاكم العسكرية في نظرها إلى محاكم الجنايات، وكذلك فإن المادة ٥٥٥ من قانون تشكيل محاكم الجنايات لسنة ١٩٥٥ (الملغى) قد نص على أن تسري أحكام هذا القانون على كل قضية جنائية لم تكن رفعت للمحاكم الجنائية الحالية قبل أول فبراير سنة ١٩٥٥. ومقتضى هذا النص أن المحاكم القديمة، يجب أن تستمر في نظر الجنايات التي رفعت إليها من قبل. كما أن المادة ٣/٥٥ من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ قد نصت على استمرار محاكم الجنايات في نظر الجنايات المحالة إليها لاقتراثها بعدد قانوني أو ظرف قضائي مخفف، وذلك رغم أن القانون الجديد قد جعل الاختصاص بالفصل في هذه الجنايات للمستشار الفرد أو محكمة الجنايات. كما أن المادة ٢/٥ من ذات القانون قد استثنت من اختصاص المستشار الفرد بنظر بعض الجنايات ما سبق عرضه على محكمة الجنايات وكان صالحاً للفصل فيه في ذات الدور.

(٣) Crim. 14 Nov. 1931, Sirey 1933-1-199; 20 Juin 1946, J.C.P. 1947-2-3391; 23 Mars 1960, (٣) Bull. 164; 17 Oct. 1962, Bull. No.276.

(٤) نقض ٨ فبراير سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ١٣٥ ص ١٧٤، وانظر نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٠ س ١١ رقم ١٦١ ص ٨٣٦.

وفي رأينا أن دقة المشكلة تبدو عندما يترتب على تعديل قوانين التنظيم القضائي، والاختصاص بإنقاص أحد حقوق المتهم أو ضماناته. مثال ذلك أن يصدر قانون بتقليل عدد قضاة المحكمة، أو نقل اختصاصها إلى لجنة إدارية، أو إلى محكمة استئنائية. والعبرة هي فيما إذا كان القانون الجديد قد انتزع الدعوى من قاضيه الطبيعي أم لا، وما إذا كانت الإجراءات المقررة أمام المحكمة الجديدة قد أنقصت من الضمانات التي كانت مقررة له في القانون القديم أم لا.

٢ - القوانين المتعلقة بمباشرة الدعوى الجنائية

قد ينشئ القانون الجديد قيوداً على مباشرة النيابة العامة للدعوى الجنائية. مثال ذلك النصوص التي تقيد حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية، بأن يشترط لذلك تقديم شكوى من المجنى عليه أو طلب أو إذن من الجهة التي يحددها القانون (المواد من ٣ إلى ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية). وقد ذهب البعض إلى تطبيق هذا القانون بأثر فوري ولو لم يكن في صالح المتهم^(١). بينما ذهب رأي آخر إلى أن هذا القانون يدخل في أحكام قانون العقوبات لتعلقه بحق الدولة في العقاب، طالما أنه لا يمكن الوصول إلى ممارسة هذه السلطة بدون الدعوى الجنائية^(٢)، ولذلك فإن هذا القانون يطبق بأثر رجعي إذا كان في صالح المتهم. فمثلاً إذا كانت الدعوى الجنائية قد حركت بغير شكوى من المجنى عليه ثم صدر قانون يعلق قبولها على شكوى من المجنى عليه، وجب تطبيق القانون بوصفه الأصلح للمتهم. ولم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بهذا الأمر^(٣).

ومن قبيل القوانين المتعلقة بمباشرة الدعوى الجنائية ما ينص على ترك الدعوى الجنائية. مثال ذلك القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ الذي أضاف فقرة ثانية إلى المادة ٢٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أنه إذا كانت الدعوى قد رفعت بطريق الادعاء المباشر فإنه يجب في حالتها ترك الدعوى المدنية واعتبار المدعى بالحقوق المدنية

(١) مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، طبعة ١٩٨٠ ص ٣٥، وانظر نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٣، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً رقم ٢٢ ص ٩٢٠.

(٢) محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٤ ص ٢٦. قارن مع ذلك نقض ٩ إبريل سنة ١٩٥٧، مجموعة الأحكام س ٨ رقم ١٠٧ ص ٣٩٦. وانظر السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة ١٩٥٧ ص ١١٦.

Crim., 9 Avril. 1970, Bull., IIS.

Merle et Vitu, T. 1, No. 277, p.373.

(٣) انظر:

وانظر:

تاركا دعواه ، الحكم بترك الدعوى الجنائية ما لم تطلب النيابة العامة الفصل فيها . فقد قضت محكمة النقض بتطبيق هذا النص من تلقاء نفسها باعتباره قانونا أصلا للمتهم على واقعة الدعوى الجنائية المطعون في حكمها بالنقض رغم أن ترك الدعوى المدنية كان قد تم من قبل أمام محكمة الموضوع^(١).

٣- انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح

وكذلك الشأن فيما ينص عليه المشرع بشأن انقضاء الدعوى الجنائية . مثال ذلك القانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨ الذى أضاف مادة جديدة برقم ١٨ مكرر (أ) إلى قانون الإجراءات الجنائية تجيز للمجنى عليه ولوكيله الخاص في نوع معين من الجرح وردت على سبيل الحصر أن يطلب إلى النيابة العامة إثبات صلحه مع المتهم ، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح . فقد طبقت محكمة النقض هذا النص بأثر رجعى بوصفه قانونا أصلا للمتهم^(٢) . تأسيسا على أن قاعدة الصلح الجنائي تعتبر قاعدة موضوعية من شأنها تقييد حق الدولة في العقاب^(٣).

٤- القوانين المتعلقة بالإثبات

قد يصدر القانون الجديد معدلا الأحكام المتعلقة بعبء الإثبات أو بالوسائل المستعملة للإثبات أو بحجة العناصر المقدمة للإثبات ، فما أثر هذا القانون؟ يذهب رأى الراجح في الفقه والقضاء إلى أن أدلة الإثبات أمر قريب من موضوع سلطة العقاب ، ومن ثم فإن القوة المعدلة لإجراءات الإثبات تخضع لمبدأ عدم الرجعية^(٤).

(١) نقض ١٠ فبراير سنة ١٩٩٩ القضية رقم ٢١٢٤٧ سنة ٦٣ قضائية .

(٢) نقض أول فبراير سنة ١٩٩٩ في الطعن رقم ٣٨٤٨ سنة ٦١ قضائية .

(٣) نقض ٣ يونية سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١٤٦٧٠ لسنة ٦٤ قضائية تطبيقا لنص المادة ٥٣٤/٤ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة والذي نص في الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ منه على حق المجنى عليه ووكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٥٣٤ من هذا القانون (ومنها جريمة إصدار شيك بدون رصيد) أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها كدعوى إثبات صلحه مع المتهم ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريقة الادعاء المباشر.

(٤) G. Levasseur, Un problème d'application de loi pénale dans le temps, Rev. Sc. Crim., (٤) 1966, PP. 1 ets.

Paris, 8 Janvier 1941, Sirey 1941-4-30.

وانظر:

ولذلك ذهب رأى إلى أنه إذا كان الإثبات المنظم بقانون يتعلق بعنصر أو ركن في الجريمة فينطبق بأثر رجعى إذا كان في صالح المتهم ، أما عدا ذلك من إجراءات مثل النصوص الخاصة بحجية بعض المحاضر فإنها تطبق بأثر فوري^(١).

ويرى البعض^(٢) أن قانون الإثبات الجنائي يحكمه القانون المعمول به لحظة تقديم الدليل مع مراعاة أن الأدلة المتوافرة قبل القانون الجديد والتي تنال قيمة في الإثبات وفقا للقانون القديم تحتفظ بها طالما تكونت في ظل هذا القانون .

٥ - القوانين المتعلقة بإصدار الأحكام

تخضع الأحكام لإجراءات وأشكال معينة ، فماذا يكون الحل لو صدر قانون جديد بتعديل هذه الإجراءات أو الأشكال ، كأن يعدل القانون الجديد في بيانات الحكم أو في كيفية تسببه أو توقيعه أو في الأغلبية المقررة لإصداره . الأصل أن القانون يسرى بأثر مباشر على الأحكام التي تصدر في ظله . وقد واجه القضاء المصرى مشكلة قانونية بشأن تأثير الأغلبية المطلوبة لإصدار الحكم . فقد صدر القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية ، واشترط في الحكم الذى تصدره محكمة الجنايات بإعدام المتهم أن يصدر بإجماع آراء أعضاء المحكمة (المادة ٣٨١/٢ إجراءات) . وقد قضت محكمة النقض^(٣) بأن هذا القانون لا يمس أساس الحق في توقيع عقوبة الإعدام ذاتها ، بل اقتصر على تنظيم إجراءات الحكم بهذه العقوبة ، وبالتالي يطبق بأثر فوري ولا يستفيد المتهم طبقا للمادة الخامسة عقوبات بشأن رجعية القانون الأصلح للمتهم . وواقع الأمر ، أن تطبيق القانون الجديد الذى اشترط إجماع آراء المحكمة عند الحكم بالإعدام يترتب عليه الحكم بعقوبة أقل من الإعدام عند توافر الأغلبية فقط ، ومن ثم فإن مقدار العقوبة يتأثر نزولا أو صعودا بمقدار عدد القضاة الذى يصوت نحو عقوبة معينة ، ومن ثم فإن هذا القانون يؤثر بطريق غير مباشر في نوع العقوبة المحكوم بها ويسرى عليه ما يسرى على القوانين المعدلة للعقوبات^(٤).

(١) مأمون سلامة ، المرجع السابق ص ٣٧ .

(٢) Merle et Vitu., T.1., op. cit., No. 278, p.374.

(٣)

(٣) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٢ ، مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ١٩٢ ص ٧٨٩ .

(٤) نادينا بهذا الرأى في تعليقنا على هذا الحكم بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٢ ص ٤٧٩ وما بعدها .

وانظر التعليق الذى نشرناه باللغة الفرنسية على هذا الحكم بعنوان :

A propos de l'application de la loi pénale dans le temps; la règle de l'unanimité dans la condamnation en R.A.U. Rev. sc. Crim 1966, pp.821 et S.

٦ - القوانين المتعلقة بطرق الطعن

استقر القضاء في مصر وفرنسا على أن طرق الطعن في الأحكام الجنائية ينظمها القانون القائم وقت صدور الحكم^(١). فإذا ألغى القانون الجديد طريقا من طرق الطعن فإنه لا يسرى من يوم العمل به إلا على الأحكام الصادرة بعد هذا التاريخ. كما لا يؤثر القانون الجديد بطبيعة الحال على الطعون التي رفعت قبله ويتعين الاستمرار في نظرها وفقا للإجراءات المقررة في القانون القديم^(٢). وأساس هذه القاعدة أن الحكم متى صدر أصبح في حد ذاته قابلا للطعن وفقا للقانون المعمول به وقت صدوره. وما القابلية للطعن إلا امتداد لحق التقاضي الذي كفله الدستور والقانون. فلا يجوز للقانون الجديد أن يمتد بأثر رجعي ليحرم الخصوم من هذا الحق إذا كفله القانون القديم. وإذا استحدث القانون الجديد طريقا من طرق الطعن بدأ وقت صدور الحكم فإنه يسرى عليه بأثر فوري، كما أن القانون الجديد إذا اقتصر على تعديل الأوضاع المنظمة لممارسة حق الطعن كالمواعيد أو الإجراءات، فإنه يطبقه بأثر مباشر على الأحكام القابلة لهذا الطعن طالما لم يكن قد بوشر بعد قبل صدور القانون الجديد.

٧ - القوانين المتعلقة بالتقادم

قد يصدر قانون جديد بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم سواء بزيادة المدة أو بإنقاصها أو بتعديل شروط احتساب المدة أو قطع التقادم أو وقف سريانه أو الآثار المترتبة عليه. وقد ذهب رأى إلى تطبيق هذا القانون بأثر فوري سواء كان لصالح المتهم أو ضده، وذلك بالنسبة إلى الجرائم التي سبق ارتكابها قبل العمل به. وقد ترددت محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن، فبعد أن كانت تميل إلى عدم رجعية هذه القوانين إلا إذا كانت في صالح المتهم، فإنها قد انتهت إلى تطبيقها

= وانظر في تأييد هذا الاتجاه الأستاذ ليفاستر:

Un problème d'application de la loi pénale dans le temps, Rev. Sc. Crim., 1966, p.11 et S.

ومأمون سلامة في المرجع السابق ص ٣٨.

(١) نقض ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س ٤ رقم ٨٦.

(٢) حكم بأن إلغاء حق المعارضة في الأحكام التي كانت تصدر من محكمة النقض بمقتضى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩، يسرى منذ نفاذه على الدعاوى التي لم يكن قد تم الفصل فيها (نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٢، مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ١٤٨ ص ٥٩٠)، وانظر نقض ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س ٣ ص ٨٦٤.

على التقادم الذى لم يتم بعد سواء كان القانون الجديد فى صالح المتهم أم لا^(١). ثم جاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد فوحد بين أحكام تقادم العقوبة وتقادم الحق فى الدعوى الجنائية، فنص فى المادة ١١٢/٣ و٤ على أن يطبق بأثر حال قوانين التقادم المتعلقة بالدعوى الجنائية وبالعقوبات إذا لم يكن التقادم قد استكمل بعد، إلا إذا ترتب على ذلك تسوئة مركز المتهم. وطبقا لهذا النص، فلا يسرى بأثر رجعى القانون المعدل لمدة تقادم الدعوى الجنائية الذى يسوى مركز المتهم، كما إذا أطل مدة التقادم. واستخلص الفقه من هذا النص أنه إذا كان قانون تقادم الدعوى الجنائية الجديد أصلح للمتهم، فإنه يطبق بأثر مباشر كما إذا قلل من مدة التقادم أو قيد أو ألغى انقطاع أو وقف التقادم^(٢). ونحن نؤيد هذا الاتجاه على أساس أن حق الدولة فى العقاب لا يمارس إلا من خلال الحق فى الدعوى الجنائية، مما مقتضاه أنه لا عقوبة بغير دعوى جنائية الأمر الذى يحتم أن يخضع تقادم كل من الاثنين لقواعد واحدة من حيث عدم الرجعية كمبدأ عام، أو الرجعية إذا كان القانون الجديد فى صالح المتهم^(٣).

١٨١ - القوانين المتعلقة بتنفيذ العقوبات

يمتد نطاق مبدأ الشرعية الجنائية إلى قواعد تنفيذ العقوبات، باعتبار أن مضمون العقوبات لا يتحقق إلا بالتنفيذ. فإذا كان الحل لو صدر قانون جديد يتعلق بتنفيذ العقوبات متضمنا تعديلا فى إجراءات تنفيذ العقوبات السالبة للحرية أو العقوبات المالية، مثل قواعد الإفراج الشرطى أو قواعد الإكراه البدنى لتنفيذ الغرامة^(٤)، أو قواعد تفريد التنفيذ العقابى، أو قواعد جب العقوبات.

إن الإجابة على هذا السؤال تتوقف على مدى تحديد مضمون العقوبات فى ضوء أساليب التنفيذ. فكلما كانت شدة العقوبة أو ضآلتها تتوقف على كيفية تنفيذها، كان التنفيذ العقابى جزءا لا يتجزأ من العقاب ذاته، ومن ثم فيخضع لمبدأ عدم رجعية

(١) Crim., 24 Oct. 1956, Bull No.675, 16 Oct. 1957, Bull No.64, 312 Mai 1959, Bull, No.260.
(٢) Merle et Vitu., T.I., op. cit., No.283, p.379.

(٣) انظر نقض ٧ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨١.

(٤) مثال ذلك ما نص عليه التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٩٨ بشأن زيادة مقابل كل يوم من أيام الحبس الاحتياطى أو الإكراه البدنى أو التشغيل، وذلك فى تطبيق أحكام المواد ٥٠٩ و ٥١١ و ٥١٣ و ٥٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ٢٣ من قانون العقوبات إلى خمسة جنيهاً بدلا من جنية واحد.

قانون العقوبات . ويؤكد هذا المعنى ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر ما مؤداه أن حق التقاضي ما لم يقترن بوسائل تنفذ ما تقضى به المحكمة ، فإنه يعدو هباء منثورا ، ويفقد قيمته من الناحية العملية^(١) وقد أكد قانون العقوبات الفرنسي الجديد مبدأ خضوع قواعد التنفيذ العقابي لدلول شرعية الجرائم والعقوبات من حيث عدم الرجعية (١١٢/٣) .

١٨٢ - القواعد المتعلقة بتقادم العقوبة

قد يصدر قانون جديد بتعديل قواعد تقادم العقوبة . ويعتبر هذا القانون من قوانين العقوبات لأنه يؤثر في مضمون العقوبة بوضع حد لها طولا أو قصرا ، فيسرى في شأنه مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات بالنسبة إلى القواعد التي تسمى إلى المتهم ، مثل النصوص التي تطيل في مدة التقادم .

أما النصوص المتعلقة بتقادم الدعوى الجنائية ، فقد ثار بشأنها الجدل ، فذهب البعض إلى أنها من القواعد الإجرائية التي تنطبق بأثر مباشر لأنها ليست من قواعد قانون العقوبات^(٢) . وقد بينا أن هذه النصوص تمس حق الدولة في العقاب ، ومن ثم تأخذ حكم قانون العقوبات ، فتخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فلا تسرى بأثر رجعي إلا إذا كانت في صالح المتهم^(٣) .

١٨٣ - أثر القانون الأصلح للمتهم

يسرى القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي^(٤) منذ صدوره على الجريمة التي ارتكبت من قبل . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا القيمة الدستورية لهذا الأثر استنادا إلى

(١) المحكمة الدستورية العليا ٣ إبريل سنة ١٩٩٣ ، القضية رقم ٢ سنة ١٤ قضائية «دستورية» ، الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا ، ج٥ ، مجلد ٢ ، قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ .

(٢) السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات سنة ١٩٦٢ ص ١٣١ ، وانظر نقض أول فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجموعة الأحكام س ٦ رقم ١٦٤ ص ٥٠٠ .

(٣) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ ، مجموعة الأحكام س ٤ رقم ٥٢ ص ١٢٨ ، ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ س ٤ رقم ٧٢ ص ١٨٠ ، ١١ يناير سنة ١٩٥٤ س ٥ رقم ٧٩ .

(٤) ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٢ سنة ١٣ قضائية ٧ دستورية ، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا ، ج٥ ، المجلد الثاني ، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨ .

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، واحترام الحرية الشخصية ، وانتفاء الضرورة الاجتماعية للتجريم^(١).

ويلاحظ أن رجعية القانون الأصلح لا تخل بالنظام العام ، بل هي أدعى إلى تثبيتها بما يحول دون انقراض عقده ، على تقدير أن أعماله منذ صدوره أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحياتهم .

ويتعين تطبيق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم ، ولو حكم بانقضاء الدعوى الجنائية لسوفاة المتهم ، إذا كان يترتب على القانون الجديد الأصلح للمتهم اعتبار حياة الأشياء المضبوطة مع المتهم (نقد أجنبى) أمرا مباحا ، ففى هذه الحالة لا يجوز الحكم بالمصادرة طبقا للمادة ٣ عقوبات^(٢).

ويلاحظ أن المادة الخامسة من قانون العقوبات قد نصت على أن الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم يترتب منذ صدوره (وذلك فى حدود النصوص الجنائية) ، أى لا يتراخى إلى تاريخ العمل به ، الذى حدده القانون لنفاذه طبقا للمادة ١٨٨ من الدستور^(٣) . إلا أنه بطبيعة الحال لا يعتبر القانون نافذاً إلا بعد نشره فى الجريدة الرسمية ، مما لا يستقيم معه إعمال الأثر الرجعى للقانون الأصلح منذ صدوره ، وبالتالي ، فإن إعمال القانون الأصلح منذ صدوره لا منذ تاريخ العمل به يعتبر مخالفا للدستور . ومع ذلك ، قضت محكمة النقض إلى أن قانون المخدرات «الجديد» يعتد به من تاريخ صدوره لا من تاريخ العمل به إذا كان هو الأصلح للمتهم . وعلة ذلك أنه

(١) انظر ما تقدم بند ١٥٥ .

وقد أسس المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ ، رجعية القانون الأصلح للمتهم على أساس الضرورة ، أى أن النصوص القديمة لم تعد هناك ضرورة لتطبيقها . والضرورة بهذا المعنى تنفى الضرورة أساسا للتجريم والعقاب ، كما سنبين فيما بعد .

(٢) قضت محكمة النقض بأن المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى لم تخطر على الأفراد حيازة النقد الأجنبى أو الاحتفاظ به ، وبالتالي ، لا يخرج بطبيعته عن دائرة تعامل الأفراد به ، مما يمتنع معه عند الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية لسوفاة المتهم عدم الحكم بمصادرة العملة الأجنبية المضبوطة فى حيازته (نقض ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ الطعن رقم ١٨٨١٠ لسنة ٦٠ قضائية) .

(٣) نقض ١٧ إبريل سنة ١٩٦٢ ، مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٩١ ص ٣٩١ . انظر فى ذات المعنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما ص ٩٢٠ رقم ٢ ، نقض ١٥ مايو سنة ١٩٧٨ ، مجموعة الأحكام ص ٢٩ ص ٥١٦ .

بعد أن أفصح المشرع عن قصده في القانون الجديد ، لا يسوغ معه معاملته بغير هذا القصد طالما كان ذلك في مصلحته ، فضلا عن أن المصلحة العامة قد وضحت من يوم صدور التشريع الجديد^(١) . ولا محل هنا لتطبيق الأصل في قانون العقوبات وهو عدم سريانه إلا منذ تاريخ العمل به . لأن علة ذلك هو ضمان علم الناس بالقانون قبل مساءلتهم عما تضمنته ، وهي علة غير متوافرة في القانون الأصلح للمتهم .

وقد ميزت المادة الخامسة من قانون العقوبات بين أثر القانون الأصلح قبل الحكم النهائي وأثره بعد هذا الحكم على النحو التالي :

١٨٤ - حالة القانون الصادر قبل الحكم النهائي (البات)

يراد بالحكم النهائي في هذا الصدد الحكم الذي تنقضى به الدعوى الجنائية ، وهو ما لا يتحقق إلا بعد استنفاد جميع طرق الطعن فيه ، ومنها النقض^(٢) . والأصح أن يسمى بالحكم البات أى غير القابل للطعن بأى طريق ، حتى لا يلتبس بالحكم النهائي الذى ينصرف مدلوله إلى مجرد الحكم الذى لا يجوز استئنافه . وقد كانت محكمة النقض الفرنسية ترى بادئ الأمر عدم تطبيق القانون الأصلح ؛ إذا صدر فى أثناء نظر الطعن بالنقض ، ثم اتجهت إلى تطبيق هذا القانون على الدعاوى المنظورة أمامها^(٣) . وطبقا للمادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، تقضى هذه المحكمة من تلقاء نفسها بنقض الحكم لمصلحة

(١) قالت محكمة النقض إنه لا يسوغ القول باتصال التأثيم طوال الفترة من تاريخ صدور القانون إلى تاريخ العمل به ، وذلك لأن عدالة التشريع تأبى أن يظل الفعل مؤثما إلى حين العمل بالقانون الجديد بعد أن اعتبره الشارع بإصداره فعلا مباحا . (نقض ١٧ إبريل سنة ١٩٧٢ سالف الذكر) . وهو قول محل نظر لأن التشريع لا يعمل به إلا بعد نشره فى الجريدة الرسمية طبقا للدستور (المادة ١٨٨) ، كما أن القانون قد يعتبر أصحح للمتهم ولو لم يبيح الفعل واقتصر على تخفيف العقوبة .

(٢) وفى هذا المعنى ، نصت المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بطريق النقض ، على أنه يجوز لمحكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى .

(٣) انظر: Crim. 13 Juillet. 1960, Bull. No. 374, Merle et Vitu. Traité p.178.

انظر مثالا لذلك :

Crim, 16 Mars et 14 Déc. 1994, Bull, pp.893, 141, 183, 199, 367 et 413; 15 Fév., 15 Mars et 5 Avril, 1995, Bull 70, pp.106 et 150.

المتهم؛ إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات قانون أصلح للمتهم^(١). ويلاحظ أنه إذا قضت محكمة النقض بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع لنظرها من جديد^(٢)، ثم صدر قانون أصلح للمتهم وجب تطبيقه بأثر رجعى طالما أن الدعوى لم تنقض بعد.

في هذه الحالة تطبق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى دون تمييز بين ما إذا كان القانون الجديد من نصوص التجريم أو العقاب، وسواء أباح الفعل أو منع عن الجاني العقاب أو المسؤولية أو اقتصر على التخفيف.

١٨٥ - حالة القانون الصادر بعد الحكم النهائي (البات)

إذا انقضت الدعوى الجنائية بحكم بات حاز قوة الأمر المقضى وأصبح عنوان حقيقة لا تقبل المجادلة وعنوان صحة لا تقبل المناقشة. وأن المشرع لم يميز في جميع الأحوال تطبيق القانون الأصلح إذا صدر بعد هذا الحكم، بل اشترط لذلك أن نكون حيال وضع تأباه العدالة بصورة حاسمة، كما إذا أتى القانون الجديد بسبب يؤدي إلى إسقاط وصف التجريم عن الفعل، إما لتوافر أحد أسباب الإباحة أو لعدم توافر أحد ركني الجريمة (المادى والمعنوى)، أو لقيام مانع من موانع العقاب. لقد رأى المشرع في هذه الحالة ضرورة التوفيق بين اعتبار العدالة واعتبار احترام قوة الأمر المقضى. فنص على أنه إذا صدر قانون بعد حكم «نهائى» يجعل الفعل الذى حكم على المجرم بسببه غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية (المادة/ ٣ عقوبات). وبناء على هذا النص، فإن الحكم الصادر بإدانة المتهم يظل باقيا، ولكنه يفقد استمرار صلاحيته كسند تنفيذى. فإذا كان المحكوم عليه يقضى مدة عقوبة سالبة للحرية وجب الإفراج عنه فوراً^(٣)، وإذا كان الحكم صادرا عليه بالغرامة فلا يجوز تحصيلها

(١) انظر نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥، ٥ يناير سنة ١٩٨٥ س ٣٦ رقم ١٠٧ ص ٦٠٧، ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٨٥ س ٣٦ رقم ١٦٧ ص ٩٢٣، ٩ يناير سنة ١٩٨٦، مجموعة الأحكام س ٣٧ رقم ١٠ ص ٤١، ٦ فبراير سنة ١٩٨٦ س ٣٧ رقم ٥٠ ص ٢٤٤، ٢ مارس سنة ١٩٨٦ س ٣٧ رقم ٦٦ ص ٣٢٢.

Crim, 11 Mai 1959, Bull. No.251.

(٢)

(٣) يجوز للمحكوم عليه أن يستشكل في تنفيذ هذا الحكم. وعلى المحكمة أن توقف تنفيذ الحكم.

منه . وقد ثار البحث بشأن ما إذا كان يحق للمحكوم عليه المطالبة باسترداد ما تم دفعه من غرامات أم لا، فذهب رأى إلى أن تطبيق القانون يؤدي إلى اعتبار المتهم في حكم من أتى نشاطا مباحا، ومن ثم فيجوز له استرداد ما دفعه من غرامات تنفيذيا للحكم الصادر عليه^(٢) وذهب رأى آخر إلى أنه ليس للمتهم استرداد الغرامة التي دفعها لأن القانون قد نص على إيقاف تنفيذ الحكم وهو ما لا يكون إلا من تاريخ صدور القانون الأصح^(٣) . ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير، لأن القانون الجديد لا يمس الحكم الصادر ضد المتهم ولا قوته التنفيذية قبل القانون الجديد ويقتصر أثره على ما لديه من قوة تنفيذية مستقبلية . وما تم تنفيذه على المتهم سواء تعلق بالغرامات أو بالعقوبات السالبة للحرية يستند إلى الحكم الجنائي . وقد عبر المشرع صراحة عن قصده في عدم المساس بهذا الحكم إذ نص على وقف تنفيذ الحكم وهو ما يعنى عدم الاستمرار في تنفيذ الحكم بالنسبة إلى المستقبل لا إلغاء ما تم تنفيذه في الماضي .

أما إزالة الآثار الجنائية للحكم فتصرف إلى جميع النتائج القانونية التي يرتبها الحكم الجنائي مثل اعتباره سابقة في العود .

١٨٦- استثناء القوانين المؤقتة

قلنا إن الأصل في تطبيق القانون الجديد الأصح للمتهم بأثر رجعي أنه يتفق مع المصلحة العامة التي حققها هذا القانون الجديد . ولكن المشرع قد يرى أن المصلحة تقتضى عدم ترتيب هذا الأثر الرجعي ، وأن يطبق القانون القديم على الجرائم التي وقعت في ظله ولو كان القانون الجديد في صالح المتهم . وينحصر ذلك في القوانين المؤقتة ، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات على ما يلي : «غير أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها» .

وقد بررت المذكرة التفسيرية للقانون هذا الاستثناء بأنه لا يجوز أن يستفيد المتهم أو

(١) محمود مصطفى، ص ١٠١، محمود نجيب حسنى ص ١١٨ .

(٢) على بدوى، الأحكام العامة ص ١٢٩ هامش ١ .

Levasseur, op. cit., p.170.

المحكوم عليه من مضى المدة التى ينهى القانون عن فعل أو يأمر به خلالها وإلا ضاع الغرض المقصود من القانون . وواقع الأمر أن المشرع قد يرى إصدار قانون مؤقت حتى يستفيد من آثار تطبيقه فى فترة معينة ثم يجرى تعديله التشريعى بصفة دائمة على ضوء هذه الخبرة . كما إذا أطلق المشرع حرية بعض العمليات الاقتصادية المنظمة بإجراءات خاصة لمدة محددة ، حتى يتحقق مدى التحسن الذى يطرأ على الوضع الاقتصادى . وقد يصدر المشرع القانون المؤقت لمواجهة ظروف طارئة كالأزمات الاقتصادية أو الظروف الصحية واضطراب الأمن العام لأسباب معينة . والمصلحة العامة التى تدعو المشرع إلى إصدار القانون المؤقت لا تتحقق إذا أفلت المجرم من العقاب بسبب التأخير فى إجراءات محاكمته حتى ينتهى مفعول القانون المؤقت القديم .

يمكن تقسيم القوانين المؤقتة إلى قسمين :

١ - قوانين مؤقتة بنص

وهى التى تحدد فى نصوصها مدة تطبيقها بطريقة واضحة ، مثال ذلك القرار الصادر من وزير التموين بأن تستولى الحكومة على كمية من الأرز الشعير من محصول سنة معينة ، فى ميعاد محدد^(١) .

٢ - قوانين مؤقتة بطبيعتها ، وهى من نوعين :

(أ) قوانين تتحدد مدة تطبيقها بطريقة ضمنية عن طريق الظروف التى أدت إلى وضعها ، وتنتهى هذه المدة تلقائيا بانتهاء هذه الظروف . مثال ذلك القوانين التى تسرى فى حالة الحرب أو اللوائح التى تسرى فى أثناء إقامة معرض أو مؤتمر معين . فإنها تنتهى بانتهاء هذه الحالة دون حاجة إلى نص صريح .

(ب) قوانين تتحدد مدة تطبيقها بطريقة ضمنية عن طريق الظروف التى أدت إلى وضعها ولكنها لا تنتهى تلقائيا بل لابد من تدخل المشرع بنص صريح على ضوء تقديره لمدى عدم توافر هذه الظروف . مثال ذلك قرارات رئيس الجمهورية التى تصدر عند إعلان حالة الطوارئ فإنها تبقى طالما توافرت هذه الحالة ولم يصدر قرار بإلغائها .

(١) قضى بأن هذا القرار الموقوت بمدة معينة لا يتأثر بانقضاء هذه المدة ، كما لا يتأثر من باب أولى بصدر أو عدم صدور قرار عن السنوات التالية (نقض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، مجموعة الأحكام س ٦ رقم ٣٥٦ ص ١٢١٧) ، نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ س ٦ رقم ٤١٤ ، ص ١٤٠٣ .

١٨٧ - أثر القانون المؤقت

إذا انتهى تطبيق القانون المؤقت وعاد القانون العادى الذى كان مطبقا قبل هذا القانون إلى نطاق سريانه الأول ، فما حكم التنازع بين القانون المؤقت والقانون العادى بالنسبة إلى الجرائم التى وقعت فى ظل القانون المؤقت ؟ لا صعوبة إذا كان القانون المؤقت هو الأصلح للمتهم ، ففى هذه الحالة يستمر تطبيقه وفقا للقواعد العامة . إنما تثور الصعوبة إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون المؤقت ، فهل يطبق القانون الجديد بأثر رجعى على الجرائم التى وقعت فى ظل القانون المؤقت ؟ لا يمكن القول بأن المصلحة العامة تقتضى تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى لسببين :

أولا : سوف يتمكن المجرمون الذى خالفوا القانون المؤقت قبيل انتهاء فترة تطبيقه من الإفلات من نطاق هذا القانون بالتسبب فى إطالة الإجراءات حتى تنقضى هذه الفترة .

ثانيا : إذا قصد المشرع أن يحدد نطاق تطبيق القانون بفترة محددة ، فإن هذا القصد سوف يخالف إذا خضعت الجرائم التى وقعت فى خلال هذه الفترة لقانون آخر ، ففى هذه الحالة سوف لا يتمتع القانون المؤقت بكامل نطاق تطبيقه المحدد بفترة معينة إذا أجزيت مخالفة نصوصه عندما يقترب انتهاء هذه الفترة . وبناء على هذين الاعتبارين ، فإن انقضاء القانون المؤقت لا يمنع مطلقا من استمرار تطبيق هذا القانون على الجرائم التى وقعت فى ظله ولو كان القانون الجديد أصلح للمتهم . وقد حرص قانون العقوبات المصرى على تأكيد هذا المعنى .

وقد ميزت محكمة النقض المصرية بين القوانين المؤقتة المحددة مدتها بوضوح فى النص ، وبين القوانين المؤقتة بطبيعتها . وقد أسست هذا التمييز على عبارة الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة التى عرفت القانون المؤقت بأنه هو القانون الذى ينهى عن ارتكاب الفعل فى «فترة محددة» مما يفيد اقتصره على القانون المؤقت المحددة مدته بنص فيه^(١) . وتطبيقا لذلك قضى بأن الأوامر العسكرية التى تصدر بمناسبة إعلان حالة

Merle et Vitu, op. cit., No. 273, p.365.

Levasseur, op. cit., p.207.

(١) انظر رأى المشار إليه فى :

وقد قيل بأنه إذا نص القانون الجديد على عدم إثبات عقد الوديعة إلا عن طريق العقد الرسمى ، فإنه سيترتب على تطبيق الأمر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم أن يفلت مرتكب جريمة خيانة الأمانة من العقاب إذا كان عقد الوديعة الذى أحل به لا يتمتع بالصفة الرسمية . وهى نتيجة غريبة بسبب الخلط بين القواعد غير العقابية والقواعد العقابية .

الطوارئ غير محددة بمدة معينة ولا يجوز إبطال العمل بها إلا بناء على قانون يصدر بإلغائها، ولذلك لا يمكن اعتبارها من القوانين المؤقتة بالمعنى الذى تقصده الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة عقوبات، وبالتالي فإن المتهم يستفيد من إلغاء هذه الأوامر فى أية حال كانت عليها الدعوى ويتمتع بالقانون الأصلح للمتهم^(١).

ويلاحظ أن مشروع قانون العقوبات الفرنسى لسنة ١٩٧٨ كان يخرج من نطاق رجعية القانون الأصلح للمتهم القانون المؤقت سواء كان مؤقتا بطبيعته أو مؤقتا بمدة محددة فى النص، حتى جاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد سنة ١٩٩٢ فخلا من هذا الاستثناء تحت تأثير قرار المجلس الدستورى الفرنسى الصادر فى ١٩ و ٢٠ يناير عام ١٩٨١ والذى أعطى قيمة دستورية لرجعية القانون الأصلح للمتهم^(٢).

(١) نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٦ سالف الذكر، ٥ يونيو سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ١٤٩ ص ٧٤٤.

Frederic Desportes et Francis le Gunek, op. cit., p.249.

(٢) François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Tome II. jurisprudence, premier partie: l'individu, Paris, Economica, 1998, No.204, p.148:

الباب الثالث

التجريم والعقاب في إطار التوازن

بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة

١٨٨- تمهيد

نعالج هذا الموضوع في فصلين: أولهما، في التجريم والعقاب في ضوء الضرورة الاجتماعية والتناسب. وثانيهما، في ضمانات الحقوق والحريات في مواجهة التجريم والعقاب.

الفصل الأول

التجريم والعقاب في ضوء الضرورة الاجتماعية والتناسب

١٨٩- التوازن بين التجريم والعقاب وحماية الحقوق والحريات

تقوم سياسة التجريم والعقاب على التوازن بين فكر فلسفى اجتماعى يحدد مضمون حق الدولة فى العقاب وفكر دستورى يحدد قيمة الحقوق والحريات . ويساهم كل من قطبى هذا التوازن فى حماية المجتمع وضمان الحماية الدستورية للحقوق والحريات . فالدولة من أجل حمايتها للمجتمع وحقوق الأفراد وحررياتهم ، تملك حق التجريم والعقاب . ولكن ممارسة هذا الحق بطبيعته يقيد حقوق الأفراد وحررياتهم ، فإلى أى مدى يمكن قبول هذا القيد؟ إن ذلك أمر يتوقف بطبيعة الحال على مدى ما يتمتع به الفرد من حقوق وحرريات وقيمتها فى النظام القانونى فى الدولة . ففى الدول التى يحكمها الفكر الشمولى يزيد حجم المساس بالحقوق والحريات لصالح الدولة . أما فى الدول التى يحكمها الفكر الديمقراطى ، فإنها فى تنظيمها لهذه الحقوق وفى تحقيقها لمصلحة المجتمع لا تملك غير سلطة نسبية لا مطلقة ، فتتقيد فى تحقيق أهدافها بما يتمتع به الفرد من حقوق وحرريات . فالدولة بحكم وظيفتها تحمى جميع المصالح القانونية ، سواء كانت حقوقاً أو حريات ، أو مصالح اجتماعية ، ويتعين عليها من خلال التشريع التوفيق بين جميع أنواع هذه المصالح .

وإذا نظرنا إلى سياسة التجريم والعقاب ؛ فإن الفرد بحكم عضويته للمجتمع يحدد نشاطه فى إطار حركة هذا المجتمع ، فيلتزم بالضرورة بمراعاة قواعده كما حددتها السلطة التشريعية الممثلة للشعب . وعلى هذه السلطة بدورها أن تضمن ممارسة الفرد لحقوقه وحرياته مع إلزامه فى ذات الوقت بمقتضيات المصلحة العامة ، وذلك بأن تحدد القواعد التى يمارس فى إطارها هذه الحقوق والحريات من خلال العلاقات الاجتماعية

بما يتفق مع المصلحة العامة . والمشرع في تنظيمه لهذه العلاقات يجب أن يراعى دائما أن الإنسان الحر هو أساس المجتمع الحر، وأنه لا يمكن تحقيق الحماية الاجتماعية إلا من خلال حماية الإنسان (أى حقوقه وحرياته) . وحماية الإنسان تكون إما بالنظر إليه باعتباره مجنونا عليه أو باعتباره متهما . وبناء على ذلك ، لا يجوز أن نتصور صداما بين مقتضيات الحماية الاجتماعية وبين متطلبات الحماية الإنسانية أى حماية الحقوق والحرريات^(١).

ويتولى المشرع الجنائي حماية الحقوق والحرريات عند المساس بها ، وذلك عندما يكون التجريم والعقاب هما الوسيلة الضرورية لتقرير هذه الحماية . كما يتولى في ذات الوقت حماية الحقوق والحرريات في مواجهة أخطار التحكم سواء في مرحلة التجريم والعقاب ، أو في مرحلة الخصومة الجنائية . وعلى هذا النحو، نجد أن الحقوق والحرريات تأخذ مكانا حاكما في التشريع الجنائي ، سواء كان ذلك في قانون العقوبات أو في قانون الإجراءات الجنائية .

فكيف تتحدد مقتضيات حماية الحقوق والحرريات من خلال ضوابط التجريم والعقاب؟ يتطلب ذلك احترام مبدأ المساواة ، والذي يفترض عند تقرير المعاملة الجنائية (بالتجريم والعقاب) مراعاة الاختلاف بين المراكز القانونية التي تواجهها المعاملة الجنائية . ويقام هذا الاختلاف على أساس موضوعي ، وأن تكون المعاملة الجنائية متفقة مع كل من الهدف من القانون والمصلحة العامة . ويقوم الأساس الموضوعي للتجريم والعقاب على التوازن بين الحقوق والحرريات والمصلحة العامة في ضوء اعتبارات الضرورة والتناسب . ويؤدي التناسب في العقوبات دورا معياريا لاحترام مبدأ المساواة كحق دستوري .

١٩٠ - الضرورة الاجتماعية والتناسب لتحقيق التوازن المطلوب

بينما فيما تقدم أن النظام القانوني في مقام التوازن بين الحقوق والحرريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى يجب أن يراعى مبدأ التناسب . وفي ضوء ذلك فإن المشرع الجنائي في مقام حمايته للحقوق والحرريات ، يراعى التوازن بين هذه الحماية ، وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحرريات ، وكذا التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة

(١) انظر مؤلفنا في أصول السياسة الجنائية ، المرجع السابق ص ١٣٥ وما بعدها .

العامة المتمثلة في النظام العام^(١). وقلنا إن النظام العام يقتضى تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب^(٢)، ويتحقق ذلك إذا ما اقتضته الضرورة الاجتماعية، أى ضرورة حماية المجتمع كمصلحة عامة تمثل في ذاتها قيمة دستورية. فقد لوحظ أن المشرع كثيرا ما يستخدم السلاح العقابي L'arme pénale، مما يؤدي إلى ما يسمى بالتضخم العقابي Inflation pénale^(٣) الذى لا يستند إلى ضرورة. ومن ناحية أخرى، فإن الفرد يتعرض لمخاطر التجريم والعقاب إذا لم يحسن وضع ضوابط دقيقة له تحافظ على التوازن المطلوب بين مقتضيات حماية حقوق الغير وحياته ومراعاة المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات. فلا يجوز أن يكون هذا التوازن وسيلة للعصف بالحقوق والحريات أو مدخلا لحرمان المواطنين منها بصورة غير منطقية أو على نحو يسوده التحكم، مما يتطلب إيجاد تناسب بين قدر المساس بالحقوق والحريات والمصالح المحمية التى تبرر هذا المساس.

إن جوهر المشكلة يكمن في أن حماية الحقوق والحريات تتطلب احتراماً مائلا لسائر القيم الدستورية المرتبطة بها. فالنظام الدستورى للحقوق والحريات لا يمكن أن يتناسك إلا بعدم المبالغة في وزن أحد مكونات هذا النظام. لهذا كانت الضرورة الاجتماعية والتناسب ضابطا لتحديد هذا التوازن في مجال التجريم. ويلتزم المشرع بمراعاة معيار الضرورة والتناسب عند وضع الضوابط التى تحكم هذا المعيار حين يسند إلى اللائحة وضع جرائم أو عقوبات بناء على قانون. فلا تملك اللائحة الخروج عن النطاق الذى يرسمه القانون في هذا الصدد، كما يجب عليها أن تقيّد بالهدف الذى شرعت من أجله^(٤).

وتتحدد الضرورة في التجريم في ضوء الهدف منه، فلا يمكن السماح بالمساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم إلا إذا اقتضى ذلك تحقيق هدف معين هو حماية المصلحة العامة أو حماية الحقوق والحريات التى تتعرض للضرر أو الخطر، وتكون في نظر المشرع جديرة بالحماية بواسطة التجريم والعقاب. فارتباط التجريم بالهدف من

(١) انظر ما تقدم بند ٢٥.

(٢) انظر ما تقدم بند ٢٦.

(٣) B. Boulloc, R. Cairo, R. Hastings, PH. Robert, F. Schir, J. Borricand; Problèmes actuels de science criminelle, VI, Presse universitaire d'Aix - Marseille, 1993, p.19.

(٤) Renée Koering Joulin et Jean François Service, Droits fondamentaux et droits criminels, (٤) op. cit., p.116.

نصوص التجريم هو أساس الضرورة ومحورها. ومن ثم، فإن الضرورة تنطوي على الالتزام نحو تحقيق هذا الهدف. ولكي تقترب فكرة الضرورة من فكرة التناسب يجب النظر إلى كل من القاعدة القانونية وتطبيقها. فالقاعدة القانونية لا تكون ضرورية إلا إذا وضعت لمعالجة وضع معين، فتعالجه على نحو كافٍ وبغير مبالغة. فيكفل تطبيق القاعدة على هذا النحو معالجة هذا الوضع بطريقة منطقية، وهو ما يعبر عنه بالتناسب. وبذلك يتضح أن الضرورة التي تلجئ المشرع إلى تجريم سلوك معين تفترض أن التجريم ودرجته يتناسبان مع الهدف من هذا التجريم. وعلى هذا النحو، فإن علاقة «الضرورة» تعادل علاقة «التناسب». والواقع أن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، ومن ثم يجب مراعاة التناسب بين الحقوق الحريات المحمية والتي يلحقها الضرر أو الخطر، وبين ما يتعرض له من يمس هذه الحقوق والحريات من خطر يسبب هذا التجريم^(١). وكذلك الشأن بالنسبة للعقوبات التي تعبر عن التجريم، فإنها يجب أن تكون متناسبة مع الهدف من التجريم والعقاب كما بينا. وهكذا يتضح أن الهدف من القانون يلعب دورا مشتركا في تحديد الضرورة والتناسب في التجريم من جهة، وفي تحديد التناسب في العقوبات من جهة أخرى.

وقد عبرت المحكمة الدستورية في ضوء هذه المبادئ فقالت بأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، وأن القانون الجنائي يتغيا أن يحدد - من منظور اجتماعي - ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوك الأفراد، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعيا ممكنا، فإن كان متجاوزا تلك الحدود التي لا يكون معها ضروريا، غدا مخالفا للدستور^(٢). وقالت بأنه لا يجوز أن تنفصل العدالة الجنائية عن مقوماتها التي تكفل لكل متهم حداً أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها أو التفريط فيها ولا أن تخل بضرورة أن يظل التجريم مرتبطا بالأغراض النهائية للقوانين العقابية^(٣). وأكدت كذلك ما مؤداه أن الفصل في دستورية النص الجنائي التي يتوخاها الجزاء الجنائي باعتباره عقابا بالضرورة في إطار اجتماعي، وأن التجريم المقرر بالنص الجنائي مرده إلى الضرورة الاجتماعية، وأن هذه الضرورة التي تقرر الجزاء المنصوص عليه في الجزاء الجنائي، تبلور تلك الضوابط التي لا يتصور أن

Marc Verdussen, op. cit., pp. 147-148.

(١) انظر:

(٢) دستورية عليا في ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٣) دستورية عليا في ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية».

يتم السلوك بعيدا عنها (مثال في مجال بيع الوحدة السكنية طبقا للمادة ٢٣/٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١)، وإلا كان هذا السلوك انتهازا وضربا من التحايل^(١).

١٩١ - الرقابة الدستورية على الضرورة والتناسب

وفي صدد العلاقة الوثيقة بين الضرورة والتناسب، عنى المجلس الدستوري الفرنسي باستخدام معيار التناسب^(٢).

وواقع الأمر، أنه إذا نظرنا إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ والذي اتخذته المجلس الدستوري أساسا لاشتراط الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، نجد أن المادة الخامسة من هذا الإعلان قد نصت على أنه لا يجوز للتشريع أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع "actions nuisables à la société"، وأن المادة الثامنة منه قد نصت على أن التشريع لا يمكنه أن يفرض سوى عقوبات ضرورية على وجه الدقة واليقين.

وهكذا يتبين أن اشتراط أن تكون الأعمال محل التجريم ضارة بالمجتمع قد عكس مفهوم الضرورة الاجتماعية، وهو ما نصت عليه المادة الثامنة سالفة الذكر بوضوح بالنسبة للعقوبة. وفي ضوء هذه الضرورة كان التناسب مطلوباً في كل من التجريم والعقاب، لأنه لا ضرورة بغير تناسب^(٣).

ولم ينفرد إعلان حقوق الإنسان والمواطن بهذا الضابط، فقد رده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (١٩٤٨) في عبارات أخرى، حينما اشترطت المادة الخامسة منه عدم تعريض الإنسان للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة، وعندما أجازت المادة الثامنة من هذا الإعلان لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها (اعتداء) على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون،

(١) دستورية عليا في ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) 88 - 248 Dc du 17 janvier 1989, Recueil juris const., op. cit., p. 339, 89 - 260 Dc du 28 juillet 1989, Recueil juris const., op. cit., p. 3658

(٣) انظر الأحكام الصادرة في ١٠ و ١١ أكتوبر سنة ١٩٨٤، و ٢٧ يولية سنة ١٩٨٢، و ٢ يولية سنة ١٩٨٤، و ٢٩ يولية سنة ١٩٨٦ و ١٧ يناير سنة ١٩٨٩ مشارا إليها في:

Delmas marty, op. cit., p.161.

(La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 Mai 1989 au conseil constitutionnel, Paris, P.U.F., 1989).

وعندما نصت المادة ١٢ من الإعلان المذكور على عدم جواز تعريض أحد للتدخل (التعسف) في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو حملات على شرفه وسمعته . فباستقراء هذا الإعلان ، نجد أنه لم يسمح مطلقا باستخدام القسوة أو الوحشية أو الخط من الكرامة الإنسانية في العقوبات ، ولم يسمح بالاعتداء على الحقوق الأساسية أو التعسف في التدخل فيها . ولاشك أن القسوة والاعتداء والتعسف ، وهى قسائم متساوية في مراميها ، تشترك في مدلول واحد هو أن المساس بالحقوق والحريات لا يستند إلى تبرير ضرورى ، ولا يتناسب مع السبب الذى أدى إليه . فالضرورة والتناسب لا تقوم معها القسوة ولا الخط من الكرامة الإنسانية ، ولا الاعتداء ولا التعسف .

كما جاء العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الذى أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ فأكد مبدأ عدم خضوع أحد لعقوبات قاسية أو غير إنسانية أو حاطة بالكرامة (المادة ٧) ، ولم يجز المساس بحرية أحد ما لم تكن هناك أسباب تدعو إلى ذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها في التشريع (المادة ٩) .

وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان (١٩٥٠) ضابط الضرورة إذ أوضحت المواد من ٨ إلى ١١ من هذه الاتفاقية في مجموعها أن ممارسة الحقوق والحريات يمكن أن تخضع لشروط أو قيود أو جزاءات ينص عليها القانون ، مما يعتبر تدابير (ضرورية) في مجتمع ديمقراطى ، لحماية الأمن الوطنى ووحدة الكيان الإقليمى للدولة ، أو للمحافظة على الأمن العام ، أو الدفاع عن النظام ، أو منع وقوع الجريمة ، أو حماية الصحة أو الأخلاق ، أو حماية حقوق الغير في مواجهة إفشاء الأسرار الخاصة ، أو لضمان استقلال سمعة وحيدة القضاء (المادة ١٠ / ٢) . وتطبيقا لذلك ، قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأنه يمكن للمشروع أن يضع القواعد التى تنظم ممارسة حرية نقل الأفكار والآراء وأن يضع جزاءات جنائية على مخالفتها (بقصد ضمان فاعليتها أو التوازن بينها مع غيرها من القواعد أو المبادئ ذات القيم الدستورية) .

وبالاطلاع على الدستور المصرى ، يتضح أنه في مجموعه ينبع عن فكرة الضرورة الاجتماعية والتناسب فيما يتعلق بالمساس بالحقوق والحريات . فالمادة ٤١ من هذا الدستور لا تميز تقييد حرية أحد بأى قيد إلا بأمر تستلزمه (ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع) . كما أن المادة ٤٢ من هذا الدستور تحظر تقييد حرية أحد إلا بما يحفظ كرامة الإنسان . وواقع الأمر ، فإن مبدأ التناسب الذى لا تقوم الضرورة في التجريم إلا

بمراعاته، يتمتع في ذاته بذات القيمة الدستورية التي تتمتع بها سائر الحقوق والحريات والمصلحة العامة، لأنه من خلال احترام هذا المبدأ يتم احترام كافة القيم الدستورية التي نالت حماية الدستور بطريقة منطقية متوازنة.

ويحقق ضابط الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب الدور الاجتماعي لقانون العقوبات. فنصوص التجريم تعبر عن القيم الاجتماعية التي يؤمن بها المجتمع لحماية وجوده وأمنه وسائر مصالحه. ويدل التطور الاجتماعي لقانون العقوبات على مدى تأثير القيم البدائية ومعتقداتها وطريقة الإنسان البدائي في الحياة في صورة التجريم والعقاب في المجتمعات الأولية، وأن التطور الاجتماعي والثقافي والاقتصادي انعكس على القيم التي يؤمن بها المجتمع والتي تؤثر في تحديد مصالحه التي يحميها بالتجريم والعقاب مستهدفاً من وراء ذلك تعميق هذه القيم في نفوس الناس. وتسهم الأخلاق والعقيدة الدينية في تكوين هذه القيم.

والضرورة الاجتماعية ليست ثابتة جامدة، بل إنها متغيرة بتغير الظروف وتطور المصالح والقيم. وقد أدى التطور السياسي والاجتماعي والتكنولوجي والاقتصادي إلى ظهور جرائم مستحدثة، منها الجرائم ضد الإنسانية، والاتجار في المخدرات، وغسيل الأموال والإرهاب والاتجار في النساء والأطفال، والاتجار غير المشروع في السلاح. كما اتخذت بعض هذه الأفعال شكل الجريمة المنظمة التي قد تتجاوز حدود الدولة، والتي تعمل عادة بطريق العنف في أنشطة تهدف من ورائها إلى الحصول على المال أو السلطة^(١). مما يعرض أمن المجتمع ومصلحه للخطر، ويتطلب مواجهة شاملة من خلال التجريم

(١) Sherif Bassioni and Eduardo Vetere; Towards understanding organized crime and its Transnational manifestations (Organized crime, Transnational Publishers, inc. Ardsley, New York, p. XXVIII.

وقد أثبتت الملاحظة أن الجريمة المنظمة تعتمد على الترويع والعنف لتحقيق أهدافها. وقد اعتمد الاتحاد الأوروبي على تعريف للجريمة المنظمة يبنى على توافر ٧ من الخصائص الآتية:

- ١ - التعاون مع أكثر من اثنين. ٢ - تكليف كل من المساهمين فيها بمهمة معينة. ٣ - أن تكون مهمة المجرمين ممتدة أو غير محددة بمدة معينة. ٤ - يخضع تنفيذها لشكل من أشكال النظام أو الرقابة. ٥ - تهدف إلى ارتكاب جرائم خطيرة. ٦ - تعمل على المستوى الدولي. ٧ - تستخدم العنف أو غير ذلك من الوسائل الملائمة للترويع. ٨ - تستخدم هياكل تجارية أو هياكل قطاع الأعمال. ٩ - تعمل في غسيل الأموال. ١٠ - تستخدم تأثيرها في السياسة والإعلام والإدارة العامة، والهيئات القضائية والاقتصادية. ١١ - تتقرر من أجل الحصول على المال أو السلطة.

ويشترط توافر الخصائص رقم ١ و ٥ و ١١ في أية جريمة أو عصابة إجرامية ينطبق عليها وصف الجريمة المنظمة. (E.U. Doc.12247/1/94 Rev.1)

والعقاب في إطار التعاون الدولي^(١). وقد تتطلب هذه المواجهة تجريم مجرد الانضمام للجماعة المنظمة ولو لم ينتج أثرًا.

ولا شك أن المحكمة الدستورية العليا يقع عليها عبء مراقبة مشروعية الضرورة والتناسب في التوضيحات التي تتحملها القيم التي يقوم عليها النظام الدستوري. فإذا أقدم المشرع على إحداث عدم تناسب ظاهر لا يتفق مع الأهداف والمقاصد التي استهدفها الدستور من وراء حماية الحقوق والحريات وسائر القيم التي ينص عليها، تعرض للقضاء بعدم دستورية القاعدة التي أخلت بضوابط الضرورة والتناسب المطلوب. فالسلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ليست مطلقة، وإنما تحددها الغايات التي استهدف الدستور تحقيقها، لأن السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا في حدود الدستور. فالضرورة والتناسب يكونان معًا معيارًا دستوريًا يتعين الالتزام به. وواقع الأمر، أن الدستور إما أن يعبر عن أحكامه بقواعد محددة تنقيد بها إرادة المشرع، وإما أن يلجأ إلى وضع مبادئ تحدد الغايات التي يجب تحقيقها من وراء نصوصه، وتستنبط هذه الغايات من مجمل نصوص الدستور. ومن واجب المحكمة الدستورية العليا أن تبلور المضمون القاعدي لهذه المبادئ التي تحدد مقاصد المشرع الدستوري، وتراقب المشرع العادي في ضوء احترامه لهذا المضمون. وبالتالي تكون رقابة المحكمة الدستورية العليا للمشرع في تقديره للتناسب هي رقابة مشروعية دستورية وليست محض تدخل في سلطته التقديرية^(٢)؛ وذلك باعتبار أن مقاصد الدستور وغاياته وإن تجلت في ثنايا الدستور كمبادئ عامة، إلا أن المحكمة الدستورية بحكم رسالتها تضيف عليها مضمونًا قاعديًا يأخذ وضعه الأسمى في هرم القواعد القانونية المتدرج، فيتقيد المشرع العادي به فيما يضعه من قواعد. إلا أن الإخلال يجب أن يكون واضحًا ظاهرًا جليًا يكشف بقوة هذا الوضوح عن انتفاء الضرورة أو عدم التناسب في التجريم والعقاب بل وينطق به دون أن يحتاج الأمر إلى مراجعة في السلطة التقديرية للمشرع والتي تقوم على اعتبارات الملاءمة في اختيار

(١) انظر أعمال المؤتمر الدولي السادس عشر لقانون العقوبات الذي عقدته الجمعية الدولية لقانون العقوبات المنعقد في بودابست في الفترة ما بين ٥ - ٩ سبتمبر ١٩٩٩.

(٢) انظر في الموضوع: Alessandro Pizzorusso; Le controle de la Cour constitutionnelle sur l'usage : par le législateur de son pouvoir d'appréciation discretionnaire; Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1986, pp. 35-54.

وقد قضت محكمة التحكيم البلجيكية بأنه لا يجوز في سبيل حماية المصلحة العامة التضييق بالمبادئ الأساسية للنظام القانوني البلجيكي. القرار رقم ٩٠ - ١٨ في ٢٣ مايو سنة ١٩٩٠.

أفضل الوسائل لتحقيق المقاصد التي توخاها المشرع الدستوري. فالسلطة التقديرية هي في اختيار أفضل الوسائل لتحقيق الضرورة والتناسب من بين مجموعة وسائل تحقق هذه الغاية، وهي لا تخضع في ذاتها للرقابة. أما إذا كانت الوسيلة المختارة تتعارض مع الضرورة والتناسب، فإنها تقع في حماة عدم الدستورية، بشرط أن يكون هذا التعارض واضحا وظاهرا. ويعتبر الإخلال بالتناسب ظاهرا إذا كان من شأنه أن تفقد الحقوق والحريات جوهرها ومحتواها لدى المشرع، ففي هذه الحالة يبدو جليا مدى الإخلال بالمقاصد التي استهدفها الدستور. وفي هذا المعنى، نص الدستور الأسباني في المادة ١/٥٣ على التزام المشرع باحترام المضمون اللازم "Contenu essentiel" للحقوق والحريات. وقد عبر المجلس الدستوري الفرنسي عن الفكرة ذاتها رغم خلو الدستور الفرنسي منها، في إرثائه للمبادئ الأساسية التي تعتمد عليها حماية الحرية الشخصية، وفي اعتباره أن المساس الجسيم "Atteinte excessive" للحقوق «الأساسية» يعتبر تجاوزا من المشرع لسلطته التقديرية، وخروجا على حدود النظام الدستوري التي لا يجوز له أن يتخطاها^(١).

وقد قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن القيود المفروضة على ممارسة الحقوق الأساسية يجب تفسيرها وتطبيقها على نحو ضيق، ولا يجوز التوسع في ذلك عما هو ضروري للمحافظة على المصالح والحقوق الدستورية المحمية^(٢). كما قضت بأن جسامه الجزاء المنصوص عليه في المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات الأسباني يؤدي بسبب عدم تناسبه مع أهداف هذا النص أو مع كرامة السلوك الإنساني إلى مخالفة للحق في الحرية^(٣)، فهو جزاء يؤدي إلى تضييع غير مفيدة وجسيمة للحرية.

Décision No. 75-77 Dc du 12.1.1977.

(١) انظر :

Décision No. 93-325 Dc des 12 et 13.8.1993.

Pierre cambot; La protection constitutionnelle de la liberté de la individuelle en France et en Espagne, Paris, Economica, 1998, p.109.

(٢) المحكمة الدستورية الأسبانية (الدائرة الثانية) في ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ١٥١ لسنة ١٩٩٧ الجريدة الرسمية العدد (٢٦٠) في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٩٧.

Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, conseil de l'Europe, 1997, p.391.

(٣) المحكمة الدستورية الأسبانية في ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١٦١ لسنة ١٩٩٧، الجريدة الرسمية العدد (٢٦٠) في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٩٧. Bulletin, op. cit., p.395.

وقضت المحكمة الدستورية المجرية بأن الضرورة نحو جعل كل السلوك جريمة معاقبا عليها يجب أن تخضع لبحث دقيق ومتعمق، فلا يجوز لقانون العقوبات أن يقيد حقوق الإنسان وحياته إلا إذا تطلبت ذلك ضرورة مطلقة وبالتناسب مع الجريمة^(١).

ومن منطلق اشتراط التناسب في العقاب جاءت علة عدم دستورية العقوبات القاسية. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه لا يجوز أن يكون الجزاء الجنائي بغضا أو عاتيا، وهو يكون كذلك إذا كان بربريا أو تعذيبيا أو قمعيا، أو متصلا بأفعال لا يجوز تجريمها، وكذلك إذا كان مجافيا - بصورة ظاهرة - للحدود التي يكون معها متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع، بما يصدم الوعي أو التقدير الخلقي لأوساط الناس في شأن ما ينبغي أن يكون حقا وعدلا على ضوء مختلف الظروف ذات الصلة، ليمحض الجزاء عندئذ عن إهدار للمعايير التي التزمها الأمم المتحدة في معاملتها للإنسان^(٢). وربطت المحكمة الدستورية العليا بين الضرورة والتناسب، فقالت لا يجوز أن يؤثم المشرع أفعالا في غير ضرورة اجتماعية ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة^(٣).

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية نص الفقرة ٤ من المادة ٥ من قانون نقابات المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية، وكذا المادة ٥ مكررا من هذا القانون، على أساس أن المادة ٥ مكررا سالفه الذكر عاقبت غير أعضاء نقابة المهن التمثيلية والسينمائية الذين يقحمون أنفسهم على نشاطها دون تصريح

(١) المحكمة الدستورية المجرية في ٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٩٧.

Bulletin, op. cit., p.414.

(٢) دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٩٧ مكررا، في ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣، ٤ يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ (العدد ٣)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩)، ١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٧).

(٣) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣ في ١٦ يناير سنة ١٩٩٧.

بعقوبة الحبس والغرامة أو إحداها دون قيد يتعلق بالحد الأقصى لأيهما، فإنها تكون عبئا باهظا على أعمال الإبداع لتجاوز قسوتها ما يفترض أصلا من تشجيعها وإنائها والحض عليها بكل الوسائل، عملا بنص المادة ٤٩ من الدستور، مما يعتبر تجاوزا لقدر الضرورة الاجتماعية التي لا يجوز أن يكون بنیان التجريم منفصلا عن متطلباتها^(١). وقد التزمت المحكمة الدستورية العليا بضابط الضرورة في كل من التجريم والعقاب، فقضت بأن شرعية الجزاء - جنائيا أو مدنيا أو تأديبيا - مناطها أن يكون متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع، أو خطرهما أو قيد مباشرتها، وأن الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها، بما مؤداه أن الجزاء لا يكون مبررا إلا إذا كان مفيدا من وجهة اجتماعية، فإن كان مجاوزا تلك الحدود التي لا يكون معها «ضروريا»، غدا مخالفا للدستور^(٢).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه كلما كانت فكرة الجزاء - جنائيا كان أم تأديبيا أو مدنيا - تعنى مجاوزة الحدود التي يجوز التسامح فيها، وكلما كان الجزاء مقورا لضرورة، ومتناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع أو منعها، متصاعدا مع خطورتها كان موافقا للدستور^(٣).

ويؤكد ما تقدم، أن التوازن بين الحقوق والحريات، وسائر القيم الدستورية المتمثلة في حقوق وحريات الغير أو في المصلحة العامة؛ يجب أن يتم وفقا للضرورة الاجتماعية والتناسب. وكلاهما من واد واحد؛ فالضرورة لا بد أن تكون بقدرها. ومن هنا جاء التناسب^(٤)، ولا تناسب إلا بالقدر الضروري. وهكذا فإن ضابط الضرورة والتناسب، يحكم مبدأ أو نطاق تدخل المشرع لتقييد الحقوق والحريات التي تعتبر أصلا عاما لا يجوز المساس به بغير ضرورة وتناسب.

(١) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ المشار إليه في الهامش السابق.

(٢) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية، الجريدة الرسمية في ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ العدد ٣.

(٣) دستورية عليا في ٦ يونية سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٤) انظر :

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, P.U.F., 1989.

Delmas Marty, La jurisprudence du conseil constitutionnel et les droits fondamentaux, droit pénal, p.163.

وقد ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى مراقبة هذا التناسب في العقوبات بالنسبة إلى عقوبة الإعدام في ضوء ما نص عليه التعديل الدستوري الثامن من عدم جواز خضوع أحد لعقوبة قاسية . وأصدرت أحكاما مختلفة حسب كل حالة على حدة ، ولكن مجموع هذه الأحكام التزام بفكرة «الطابع المعقول للعقوبة»^(١).

وقد عني الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ بالنص في مادتيه الخامسة والسادسة على أن تكون الجريمة والعقوبة ضرورية "nécessaire". وتطبيقا لذلك ، قضى المجلس الدستوري في فرنسا بعدم دستورية نص المادة ١ / ٤٢١ من قانون العقوبات التي اعتبرت من أعمال الإرهاب مجرد مساعدة أجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع ؛ وذلك على أساس أن المشرع جرم هذا السلوك بذاته بناء على هذا الوصف ، رغم أنه قد لا تكون له علاقة مباشرة مع العمل الإرهابي الذي قارفه هذا الأجنبي ، دون إخلال بإمكان اعتبار هذا الفعل اشتراكا في أعمال الإرهاب ، أو إخفاء للمتهم بالإرهاب أو اشتراكا في جمعية إرهابية إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لقيام هذه الجريمة . وقد أسس المجلس الدستوري قضاءه على عدم توافر شرط الضرورة في التجريم والعقاب في هذه الحالة^(٢)، وانتهى المجلس إلى أن المشرع قد مارس تقديره دون تناسب ظاهر "Disproportion mani-feste". وذهب المجلس الدستوري في حالة أخرى إلى أنه لا يجوز للمشرع أن يضع عقوبات غير ضرورية^(٣). وعلق الفقه الفرنسي على ذلك بأنه قبل التحقق من ضرورة العقوبة يجب التحقق من ضرورة الجريمة . وأنه في المثال السابق تتوافر الضرورة عندما يكون فعل مساعدة الأجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع قد تم عمدا لمساعدة مشروع فردي أو جماعي يهدف إلى إحداث ضرر جسيم بالنظام العام بواسطة الترويع أو التخويف^(٤). واستقر المجلس الدستوري في فرنسا إلى

96-377 Dc du 16 Juillet 1996, Recueil, p.671.

(١)

20 Janvier 1993, Rec. p.14.

(٢)

(٣) انظر ما تقدم بند ٢٦ مكرر، وانظر:

Thompson V. Oklahoma 108 S.G. 2687 (1988); Stanford V. Kentucky S. Ct. Req, no. 57 - 5765 (1989).

Chronique, France Annuaire, International de la justice constitutionnelle, 1996, p.692. (٤)

عدم دستورية الجزاء الذى يبدو ظاهرا "Disproportion manifeste" عدم تناسبه مع الوقائع التى تؤدى إليه^(١).

وقد أطلق المجلس الدستورى الفرنسى^(٢) عدة عبارات مختلفة فى مجال رقابته على عدم التناسب؛ منها القول بعدم التناسب المبالغ فيه "Disproportionnés de manière excessive" أو التفاوت الواضح "Disparité manifeste" أو الخطأ الواضح فى التقدير "Erreur manifeste" أو عدم التناسب الذى لا يوجد ما يبرره بطريقة واضحة "Manifestement injustifiable". وذهب المجلس الدستورى إلى أنه عند عدم وجود تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة المترتبة عليها، فليس للمجلس الدستورى أن يحل تقديره الشخصى محل تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة العقوبات المترتبة على الجرائم^(٣). وذهب المجلس الدستورى إلى عدم دستورية الغرامة الضريبية بسبب إخفاء دخل الممول عندما تنطوى على عدم تناسب ظاهر، وذلك إذا كان مبلغ الغرامة متساويا مع الدخل المخفى، وذلك باعتبار أن هذا الجزاء فى كثير من الأحوال يكشف عن عدم تناسب ظاهر مع الفعل الذى أتاه المتهم^(٤).

١٩٢ - المفهوم التقليدى للضرورة الاجتماعية والتناسب

يعكس تاريخ قانون العقوبات تطور مفهوم الضرورة والتناسب فى التجريم. فبعد أن اندحرت أفكار الانتقام التى كانت تحكم المجتمعات البدائية لكى تجعل من بواعث الانتقام صيغة للضرورة التى تعطى للمتهم الحق فى التجريم والعقاب معا، وسادت

(١) انظر: Chronique, France, Annuaire, op. cit., 1993, p.511.

Louis Favoreu, la constitutionnalisation du droit pénal, et de la procédure pénale, droit pénal contemporain, Mélanges Vitu, Edition cujas, 1989, p.188.

(٢) انظر:

Ferdinand Mèlin - Soucramanien; Le principe d'Egalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Paris, Economica, 1997, p.197.

80 -127 Dc d es 19 et 20 Janvier 1981 (Rec, p.15; Grandes decisions, 4ème éd. p.477). (٣)

87-237 Dc du 30 Décembre 1987 (Rec. p.63). (٤)

B. Genevois, La jurisprudence du conseil constitutionnel en 1987 وانظر ملاحظات: (Annuaire, op. cit., 1987, p.596).

مبادئ سيادة القانون، أصبح من الواجب صياغة مفهوم الضرورة الملجئة للتجريم على نحو يتفق مع هذه المبادئ.

وقد انعكست هذه المبادئ في السياسة الجنائية التقليدية والتي بدأت بلورتها منذ ظهر كتاب (روح القوانين) سنة ١٧٤٨ لمونتسكيو، وتبعتها مؤلفات روسو (في فرنسا)، وبيكاريا (في إيطاليا)، وبتام (في إنجلترا)، وفويرباخ (في ألمانيا). وكان الفضل في التعبير عن التجريم القائم على سيادة القانون لبيكاريا في مؤلفه عن الجرائم والعقوبات سنة ١٧٦٤. فقد استهدف تعديل العلاقة بين الدولة والفرد، وذلك بإخضاع سلطتها في العقوبات لمجموعة من الضمانات، في مقدمتها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، واستخدام العقوبة بالقدر الضروري لتحقيق الأهداف التربوية لقانون العقوبات. فالتجريم بادئ الأمر - وفقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات - يجب أن يكون في الحدود التي تعبر عنها الإرادة العامة للشعب (من خلال القانون). وتعكس هذه الحدود الإحساس بالانتماء الاجتماعي الذي بدونه يستحيل أن يكون الفرد مواطناً صالحاً أو مخلصاً. على أنه لا يكفي وضع قانون العقوبات محصوراً في إطار الشرعية، بل يجب على المشرع ألا يتعسف في استخدام سلطته في التجريم إلى ما وراء الأهداف التي حددها له العقد الاجتماعي. فالحق في العقاب يتمثل في حق الدفاع الذي خوله كل فرد إلى الدولة لتمارسه نيابة عنه، مما يترتب عليه أنه لا يجب أن يكون العقاب إلا بالقدر المتناسب الذي يجعله مفيداً في الدفاع عن المجتمع^(١). فالهدف من وراء العقاب ليس هو تحقيق الانتقام، ولا إرضاء الإحساس بالعدالة المطلقة، ولا تكفير المذنب، وإنما يتمثل في الحيلولة دون وقوع جرائم جديدة في المستقبل. وقيل في هذا الشأن إن كل عمل من أعمال السلطة يمارسه إنسان ضد آخر يعتبر نوعاً من التحكم إذا لم يكن ضرورياً على وجه الإطلاق^(٢). وفي ضوء ذلك، دعا بيكاريا المشرعين إلى إلغاء كل ما هو غير ضروري في المجموعة العقابية، والذي يتمثل في أنواع التعذيب والعقوبات البالغة القسوة. وقال بأن منع الجريمة في المستقبل لا يكون بشدة العقاب، وإنما يكون بالعقاب اليقيني. وذهب بيكاريا إلى أن العقوبات يجب أن تكون نافعة وهي لا تكون

Merle et Vitu, Traité de droit criminel, T.1, No.58-61, pp. 108-112.

(١) انظر:

Merle et Vitu, Traité de droit criminel, T. 1, No. 58 - 61, pp. 108 - 112.

(٢) انظر:

طبعة فرنسية جديدة مع مقدمة للأستاذين: مارك أنسل وستيفاني.

كذلك إلا إذا كانت متناسبة من حيث التكيف مع مبلغ الضرر الذى أصاب المجتمع من جراء الجريمة . وأكد بيكاريا اعتناقه للمعيار المادى للتناسب فى العقوبة فى قوله بأن المعيار الحقيقى للجرائم هو فى الضرر الذى أحدثوه بالأمة لا بقصد الجانى^(١).

وواضح مما تقدم أن الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب تقوم فى نظر السياسة الجنائية التقليدية على اعتبارات الشرعية القائمة على سيادة القانون، واعتبارات المادية بالنظر إلى الضرر الذى أحدثه الفعل الإجرامى بالمجتمع، دون النظر إلى شخص المجرم .

وجاءت السياسة الجنائية التقليدية الجديدة، فنظرت إلى شخص المجرم لا من حيث مدى استعداده للعودة إلى الإجرام، وإنما بالنظر إلى عوامل شخصية تتمثل فى سنه وسوابقه، وتعليمه، وذكائه، وتكوينه العقلى، وميوله؛ تأسيساً على أنه ليس من العدالة معاقبة المجرمين بقدر واحد من العقاب رغم اختلاف ظروفهم الشخصية . وبناء على ذلك، عرفت هذه السياسة الجنائية الظروف المخففة والمشددة للعقاب فى ضوء الظروف الشخصية للجانى والتى تقوم على أساسها ما يسمى بالمسئولية الأدبية . وفى ضوء ذلك، تغير معيار تناسب العقوبة فلم يعد قائماً على فائدة العقوبة، بل على توازنها مع الضرر الذى أحدثته، وإنما أصبح قائماً على معيار العدالة، فلا يجوز للعقوبة فى ظل هذه السياسة الجنائية أن تزيد على ما هو عادل .

ويمكن القول بأن قانون العقوبات وفقاً للسياسة الجنائية التقليدية، والتقليدية الجديدة، يتميز بالقانونية - لا بمعنى الشرعية، أى بمعنى قيامه على مفاهيم قانونية مجردة بعيدة عن المفاهيم العلمية المتصلة بعوامل الجريمة وانعكاسها على أهداف العقوبات والتى تؤثر فى تحديد معنى الضرورة والتناسب . فلقد ركزت هذه السياسة الجنائية على حماية الحرية الفردية للمجرم فى مواجهة تعسف العقاب وقسوته، فأصبحت الجريمة مجرد كيان قانونى مجرد يعتمد على رؤية المشرع فى التجريم والتى يتقيد بها القاضى وفقاً للمعايير التى يحددها القانون . وإذا كانت السياسة التقليدية الجديدة قد أضافت معيار العدالة إلى معيار النفعية فى تناسب العقوبة، إلا أنها اقتصرت على المفاهيم القانونية المجردة .

Beccaria, op. cit., p.36.

(١)

ولاشك في أهمية هذه السياسة الجنائية في ضمان الحقوق والحريات للمواطنين ضد التحكم في العقاب . إلا أن هذه السياسة يعيها أنها نظرت إلى العقوبة بوضعها مقابل الضرر الذي أحدثه المجرم بالمجتمع ، فأصبحت العدالة في نظرها متحققة يوم أن يسدد المجرم دينه نحو المجتمع بتحمل العقاب المفروض عليه . وأصبحت مهمة القاضي هي في توقيع العقوبة التي يستحقها المجرم وفقا لمعايير القانون لا في توقيع العقوبة التي تصلح المجرم . فإذا كان الهدف من قانون العقوبات هو الحيلولة دون العودة إلى الجريمة ، فإن العقوبة بمعاييرها التقليدية (القائمة على النفع والعدالة) لا تفي بهذا الغرض ، وأصبح من الواجب أن تنتقل مهمة إصلاح المجرم من يد القاضي حين يحكم بالعقوبة إلى يد الإدارة العقابية حين تنفذ وفقا للأوضاع التي تتفق مع عوامل الإجرام^(١).

١٩٣ - المفهوم الوضعي للضرورة والتناسب

ساد المفهوم التقليدي للضرورة والتناسب في التجريم والعقاب فكر التشريعات العقابية في القرن التاسع عشر، إلى أن ظهرت أفكار المدرسة الوضعية في علم الإجرام على يد لومبروز صاحب مؤلف (الإنسان المجرم) سنة ١٨٧٦ ، ثم تبعه فيرى صاحب كتاب (الاجتماع الجنائي) سنة ١٨٨١ ، ثم تلاه جاروفالو صاحب كتاب (علم الإجرام) سنة ١٨٨٥ . وارتكزت أفكار المدرسة الوضعية على محورين ؛ أولهما من الناحية الأدبية : أن المجرم ليس حرا في ارتكاب أفعاله . وثانيهما : من الناحية الاجتماعية ، أن المجرم تتوافر لديه خطورة تتطلب أن يكون رد فعل الدولة تجاهها واسعا لمواجهةتها . وعلى ضوء أفكار هذه المدرسة أقيمت سياسة جنائية تولى شأن حماية الجماعة فوق جميع الاعتبارات ، ومنها أفكار المسؤولية الشخصية ، والتزام المشرع بفرض التدابير المانعة للجريمة قبل وقوعها . وقد وصف فيرى هذه التدابير بأنها بدائل عقابية "Substitut pénaux" من شأنها أن تلغى أسباب الجريمة فتوفر على المجتمع ارتكابها وما يتبعها من دعوى وجزاء جنائيين . وهكذا ارتكز منطق المدرسة الوضعية على التدخل قبل تفاقم الحالة الخطرة ولكي تصل إلى وقوع الجريمة . وقد تلقفت التشريعات في بعض الدول

Merle et Vitu, T.1, No.70, p.120.

(١)

الشمولية هذا المنطق الذى يتناقض مع احترام الحرية الشخصية بل والكرامة الإنسانية لكي تجعله أساسا تركز عليه فى الإسراف فى التجريم والعقاب .

وبالإضافة إلى التدابير المانعة ، عرفت السياسة الجنائية الوضعية نظام التدابير الاحترازية "mesures de sureté" التى توقع على المجرمين - والتى تتميز عن العقوبات - من أنها لا تتطلب توافر المسؤولية الشخصية لدى من توقع عليهم ، ولا يشترط فيها مدة معينة ، إذ يمكن فرضها حتى تزلو الحالة الخطرة لدى المجرم ، بالإضافة إلى تميزها فى شروط تطبيقها عما هو عليه الحال بالنسبة إلى العقوبات^(١).

وقد تأثرت تشريعات القرن العشرين بالسياسة الجنائية الوضعية ، فعرفت نظام التدابير الاحترازية بجانب نظام العقوبات ، لكى تأخذ التدابير وضعها لمواجهة الحالة الخطرة لدى المجرم . وكان للمدرسة الوضعية الفضل فى توجيه نظر المشرع الجنائى نحو شخص المجرم بعد أن كان نظرها منحصرافا وفقا للمدرسة التقليدية فى الفعل الإجرامى بطريقة مادية ومجردة . وكان لها الفضل أيضا فى استرعاء الانتباه نحو أسباب الإجرام ، وضرورة مواجهتها بفرض تدابير لمواجهة الحالة الخطرة أى الخطورة الإجرامية . وقد اتجه عدد من التشريعات تحت تأثير سيادة القانون إلى إضفاء وصف الجريمة على الحالة الخطرة لدى الشخص ، أى خطورته الإجرامية التى تتمثل فى استعداده لارتكاب الجريمة مستقبلا . وهى حالة نفسية تعتمد على مؤشرات وعوامل فى شخصه وماضيه . ولكنها لا تعتمد على فعل معين قارفه الجانى . وفى ضوء ذلك ، صدر المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم لكى يعتبر حالتى التشرد والاشتباه جريمة فى القانون ، على أساس أن كل منهما ينبئ عن احتمال ارتكاب صاحبها الجريمة مستقبلا .

وواضح مما تقدم أن فكر السياسة الجنائية الوضعية المتأثرة بالمدرسة الوضعية لم يعبأ بحماية الحقوق والحرىات ، لأنها تعطى مصلحة الجماعة كل الأولوية ، فلم يعد الأمر توازنا بين مصلحة الجماعة وحماية الحقوق والحرىات ، وإنما أعطيت مصلحة الجماعة كل الأولوية . وتحلى ذلك فى إنكار المسؤولية الشخصية القائمة على الإرادة الحرة ، والسماح بالتدابير الاحترازية المانعة قبل وقوع الجريمة ، وفرض تدابير احترازية تحت مسمى

Merle et Vitu, T.1, op. cit., No.71-79 pp.121-128.

(١)

انظر مؤلفنا (أصول السياسة الجنائية) طبعة ١٩٧١ .

العقوبات لمواجهة الخطورة الإجرامية دون اشتراط فعل معين، مع إسباغ الوصف القانوني للجريمة على الحالة الخطرة انصياحا لأحكام الشرعية من حيث الشكل .
وواضح مما تقدم، أن الضرورة التي أملت على المشرع الجنائي تحت تأثير أفكار المدرسة الوضعية، إسباغ وصف التجريم على الحالة الخطرة، انبعث من تقدير مصلحة الجماعة تأثرا بأفكار علم الإجرام التي ذهبت إلى أن أسباب الإجرام عندما تتوافر لدى شخص معين على نحو يجعله خطرا على المجتمع حتى تزول هذه الأسباب . وقد انطوى هذا الموقف على إخلال خطير بالتوازن بين الحقوق والحريات في موضعين :

(الأول): مساءلة الشخص عن حالته النفسية دون اشتراط أفعال محددة يقينية تكشف إثمه الجنائي، وذلك باعتبار أن الإرادة الحرة ليست شرطا في فكر المدرسة الوضعية، ولأن حماية مصلحة الجماعة هي الأعلى .

(الثاني): عدم التناسب الظاهر بين تدخل المشرع، وبين ما هو منسوب إلى الشخص، مما أدى إلى تعرض الأفراد للتدابير المقيدة للحرية تحت أوصاف العقوبات، دون أن يتناسب فعل معين .

وهكذا بينما أغرقت المدرسة التقليدية في حماية الفرد، أغرقت المدرسة الوضعية في حماية المجتمع على حساب الفرد .

١٩٤- مفهوم الضرورة والتناسب في السياسة الجنائية للدفاع الاجتماعي

يتضح من عرض كل من السياسة الجنائية التقليدية (والتقليدية الجديدة) والسياسة الجنائية الوضعية أن مفهوم الضرورة في السياسة الجنائية الأولى يركز على التعريف المجرد لماديات الجريمة دون مراعاة لشخصية صاحبها، وأن التناسب بين العقوبة والجريمة يتصف بالتجريد والمساواة الجامدة بقصد تحقيق الردع العام . وإن كانت هذه السياسة قد استهدفت حماية الإرادة الحرة للفرد وتأكيد المساواة بين مرتكبي الجريمة، إلا أن الإفراط في المساواة أدى إلى عدم التناسب بين العقوبة والجريمة بسبب اختلاف الظروف الشخصية للمجرمين . وقد حاولت السياسة الجنائية التقليدية الجديدة تلافي هذا العيب، فنادت بمراعاة هذه الظروف عند فرض العقوبة، إلا أنها اتخذت حرية الاختيار ضابطا لتحديد هذه الظروف، وهو ما أثبتت نتائج علم الإجرام عدم صحته ؛

باعتبار أنه من غير المنطقي تخفيف العقوبة على من تضعف إرادته ، بينما قد يؤدي هذا الضعف إلى اعتياده على الإجرام^(١) . ولم يصلح علاجاً لهذا العيب إلا الدعوة إلى التفريد التنفيذي للعقوبة ، لأنه لا جدوى لهذا التفريد إذا لم يكن القضاء بها قائماً على تفريد قضائي سليم .

وهكذا رأينا كيف أن السياسة الجنائية التقليدية (والتقليدية الجديدة) لم تقدم نموذجاً صالحاً لقيام الضرورة والتناسب على اعتبارات سليمة لإحداث توازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة والتي تتمثل في تحقيق أهداف العقوبة . وجاءت السياسة الجنائية الوضعية لكي تضع مركز الثقل في شخص المجرم أى خطورته بدلاً من ماديّات الجريمة ، فأصبح التناسب المطروح بين رد الفعل والخطورة الإجرامية بقصد تحقيق هدف معين هو إصلاح المجرم مما لديه من أسباب الإجرام أو التخلص منه إذا لم يجد فيه هذا الإصلاح . وهكذا نجد أن قطبي التناسب بين الحقوق والحريات المعرضة للمساس لمواجهة الخطورة الإجرامية قد تمثل في المقارنة بين ما تتعرض له هذه الحقوق والحريات من مساس بواسطة التدابير الاحترازية أو العقوبات وبين هذه الخطورة بقصد تحقيق أهداف هذه التدابير وهى الإصلاح أو درء شر المجرم . وأياً كان الهدف المتبع من وراء التدابير إلا أن الواضح أنها كانت تتخذ ضد حالة نفسية لدى الشخص لا ضد فعل من أفعاله ارتكبه يقينا ، الأمر الذى يعرضه للخطر .

وأياً كانت الانتقادات التى وجهت إلى هاتين السياستين الجنائيتين من الناحية العلمية من زاويتى علم الإجرام وعلم العقاب ، إلا أن بحثنا يتركز على زاوية أخرى تتعلق بالتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة ، لتحديد مدى قيام هذا التوازن على معايير سليمة للضرورة والتناسب .

وتحت تأثير الانتقادات سالفة الذكر والتى تدخل فى ميدان الحقوق والحريات ، ظهر الاتحاد الدولى لقانون العقوبات (والذى أسس عام ١٨٨٠ وعقد عدة مؤتمرات دولية^(٢)) على أيدي البلجيكي برنس Prins والألماني ليست Lizt ، والهولندي هامل Hamel .

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى ، علم العقاب ، طبعة ١٩٧٣ ص ٦٩ .

(٢) وقد حلت محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات سنة ١٩٢٤ .

Merle et Vitu, T.1, op. cit., No.80,81, pp.128-130.

وانظر:

Saellies, L'individualisation de la peine, Paris, 1927, p.115 et S.

وانظر:

وقد اعترف هذا الاتحاد بنظام العقوبة لتحقيق الردع العام مع الاعتماد على التفريد التنفيذي للعقوبة بقصد إصلاح المجرم أو استبعاده . واعترف الاتحاد أيضا بالتدابير الاحترازية في الأحوال التي تعجز العقوبة عن مواجهتها . ولعل أهم ما يميز فكر هذا الاتحاد في ميدان التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة هو إحاطة التدابير الاحترازية بالضمانات واشتراط أن يكون فرضها بحكم قضائي وبناء على قانون .

وتحت تأثير أفكار علم الإجرام وسائر العلوم الإنسانية، تبلورت حركة الدفاع الاجتماعي على يد إيطالي جنائي هو فيليب جراماتيكاس مؤسس مركز دراسات الدفاع الاجتماعي في جنوا سنة ١٩٤٥ . فقد نادى هذا العالم الجنائي بوجود حماية المجتمع في مواجهة المجرمين عن طريق إعادة تأهيلهم اجتماعيا وتحسين أحوالهم مع اعتبار المجتمع مسئولا عن انحراف بعض أفرادهم . وأيا كان منطق هذه الحركة، فإنها قد خرجت عن الطابع القانوني للنظام الجنائي فلم تر ضرورة للتجريم والعقاب ولم تر محلا لبحث أي تناسب بين المساس بحقوق المجرم أو حرياته وبين رد الفعل المقرر لجريمته، باعتبار أن المطلوب هو إعادة تأهيله اجتماعيا بكافة الوسائل بعيدا عن قانون العقوبات وسائر الضمانات الواجب توفيرها لحماية حقوق وحريات المجرم . ويلاحظ أنه بتحليل الأساس الفلسفي لفكر جراماتيكاس يتضح أولا أنه قد وجه بحثه نحو تعليل واجب الدولة في التأهيل الاجتماعي للفرد بدلا من حق الدولة في العقاب الذي أنكر وجوده . ولم يخل هذا المنطق عن بعض التفكير السياسي، لأنه لم يقصر نظريته على مجرد حماية المجتمع من أسباب الإجرام كما فعلت السياسة الجنائية الوضعية، بل اهتم اهتماما كبيرا بحماية الإنسان ككائن اجتماعي من خلال تفكيره السياسي . فهذه النظرية لا تقدم أساسا لفكر جنائي، بل هي في الوقت ذاته مذهب سياسي يحدد العلاقة بين الفرد والدولة . وفي إطار هذه العلاقة تكون الدولة مسئولة عن الانحراف الاجتماعي للفرد مما يوجب عليه تجاه الفرد تأهيله اجتماعيا والارتقاء به نحو الكمال، قائلا بأن حق الدولة في الدفاع الاجتماعي ينبع من واجبها في إصلاح أعضاء المجتمع والارتقاء بهم . وتعمل الدولة على أداء هذا الواجب تجاه الفرد الذي يتعين عليه الامتثال لا خضوعا تحت تأثير الإكراه، وإنما تنفيذا لحق الفرد ذاته في هذا التأهيل . ولا يجوز للفرد أن يتنازل عن هذا الحق أو أن يرفض التمتع به لأن هذا التنازل أو الرفض سوف يصبح عملا موجها ضده ويلحق به الضرر . وإذا كان جراماتيكاس قد حاول إقامة نظريته بعيدا عن الفكر القانوني فاستبعد

بذلك فكرة المسؤولية الشخصية التي أخذت بها السياسة التقليدية، إلا أنه لم يقصد من وراء هذا الفكر إنكار الإرادة الحرة للفرد الذي يعنى في ذات الوقت إنكار قيمة سامية من القيم المعنوية الرفيعة التي عرفتها الحياة الإنسانية في المجتمع. فالانحراف الاجتماعي في نظره لا يقوم إلا بإرادة الفرد؛ فهي الركن المعنوي لهذا الانحراف، أى أن الفعل الذي يعتبر أمانة على الانحراف الاجتماعي يجب أن يصدر عن إرادة فاعلة، سواء في صورة القصد أو الخطأ غير العمدى. ولا يشترط بعد ذلك أن تترتب نتيجة معينة على سلوك الشخص، فالمهم هو التأكد من توافر إرادته للسلوك المناهض للمجتمع في اللحظة التي أتاه فيها^(١).

وفي عام ١٩٥٤، ظهرت حركة جديدة للدفاع الاجتماعي على يد المستشار مارك آنسل سجلها في مؤلفه عن (الدفاع الاجتماعي الجديد)^(٢) وقد نجح صاحب هذه الحركة في الجمع بين الأساس العلمى للمدرسة الوضعية وبين حماية الحقوق والحريات. فبعد أن رفض الأفكار القانونية التجريدية التي قامت عليها المدرسة التقليدية وأخذ بمنطق المدرسة الوضعية فيما يتعلق بضرورة مراعاة شخصية المجرم. نظرا إلى الجريمة بوصفها واقعة إنسانية مرتكبها ليس شيئا آخر غير الإنسان. فنأدى بضرورة احترام حقوق الإنسان والاعتداد بإرادته الحرة كأساس للمسؤولية الجنائية. وانتقد كافة الأفكار المصطنعة التي قام عليها الإغراق في (القانونية) مثل استعارة الشريك لإجرام الفاعل، والاعتداء بمجرد العلم لتوافر القصد الجنائي مع تجاهل دور الباعث على ارتكاب الجريمة، ونأدى بضرورة احترام مبدأ الشرعية ومبدأ ممارسة القاضي دوره في الخصومة الجنائية من خلال إجراءات مشروعة، وقال بأنه لا يعارض فكرة القانونية، ولكنه يقف ضد إساءة استعمالها "abus du juridism" عن طريق الاعتماد على التصور القانوني^(٣). ومن خلال اعتداد حركة الدفاع الاجتماعي بالإرادة الحرة للمجرم اعتبرت هذه الإرادة عنصرا في تقدير شخصيته الإجرامية بالإضافة إلى سائر العناصر الذاتية

(١) انظر: Granatica; Principes de défense sociale, Paris 1964, p.30 et S., p.53 et S., p.273.

(٢) انظر: Marc Ancel, La défense sociale nouvelle, Paris, édition 1966.

(٣) انظر: Marc Ancel, op. cit., pp.201,233 et 239.

وقد ذهب مارك آنسل إلى رفض فكر جراماتيكا القائم على إلغاء قانون العقوبات قائلا بأنه خطوة أولى نحو انتحار نظامنا القانوني الذي يقوم أساسا على حماية حقوق الإنسان.
وانظر مؤلفنا في أصول السياسة الجنائية، طبعة ١٩٧٢، ص ٦٥ وما بعدها.

المستمدة من شخصه (تكوينه الطبيعي واختلاجاته النفسية وحالته الاجتماعية)، ونادت بإدماج العقوبات مع التدابير الاحترازية لكي تخضع جميعها لمبدأ الشرعية، ورفضت الأخذ بالتدابير المانعة التي تفرض قبل وقوع الجريمة ما لم تتوافر الضمانات اللازمة لحماية حريته الشخصية، مؤكدة أن المشكلة هي في التوفيق بين مبدأ الشرعية وهذه التدابير المانعة، الأمر الذي يتطلب عدم جواز فرض هذه التدابير إلا وفقا ل ضمانات كافية وفقا للقانون.

وهكذا يتضح أن الفكر السياسي للدفاع الاجتماعي الجديد يقوم على حماية حقوق الإنسان قولا من صاحب حركته أن الدفاع الاجتماعي ليس إلا تعبيراً جديداً لحقوق هذا الإنسان في مواجهة المجتمع، وعنى بمعارضة الفكر السياسي للمدرسة الوضعية فتأدى بوجوب حماية الإنسان الفرد أولاً، باعتبار أن الدفاع الاجتماعي لا يتحقق في نظره إلا عن طريق خلите الأولى وهو الإنسان^(١).

إلا أنه ب وفاة مؤسس حركة الدفاع الاجتماعي الجديد مارك أنسل سنة ١٩٩٠ بدأت الغيوم تخلق على ساء هذه الحركة. فقد انتهت بوفاته المؤتمرات والاجتماعات والندوات الدولية والمقالات التي كانت تمتلئ بها مجلة العلم الجنائي والقانون المقارن في فرنسا وسائر المجالات الجنائية في العالم. لقد توقفت الحركة، وعلى حد قول ميرل وفيتي أستاذي القانون الجنائي في فرنسا يكفي الاطلاع على قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في ٢٢ يولية سنة ١٩٩٤ حتى نتبين أن هذه الحركة في طريق الزوال، مهما كانت آثارها التاريخية التي لا ينزاع فيها أحد في بعض المجالات^(٢). ولقد انعكس هذا القول في أنه على الرغم من أن قانون العقوبات الملغى صدر سنة ١٨١٠ وظل مطبقاً لمدة تزيد على مائة وثمانين عاماً رغم التطور الكبير الذي لحق المدارس الجنائية وعلى وجه الخصوص المدرسة الوضعية وحركة الدفاع الاجتماعي، فقد عبر وزير العدل الفرنسي عن القانون الجديد أمام اللجنة التشريعية للجمعية الوطنية قائلاً بأن مشروع القانون يهدف إلى جعل هذا التقنين مسائراً لتطور المجتمع، وليس وضع أسس جديدة لقانون عقوبات جديد، وإنما تطوير معطيات قانون العقوبات الحالي^(٣).

Marc Ancel, op. cit., pp.300-323.

(١)

Merle et Vitu, T.1., op. cit., No.88, pp.137, 138.

(٢)

(٣) انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، طبعة ١٩٩٧ ص ٢١.

ومع ذلك، فقد ظهر اتجاه نحو تصحيح مسار السياسة التقليدية الجديدة في ضوء حركة الدفاع الاجتماعي الجديد، أخذ مسمى التقليدية الجديدة المعاصرة -néo - clas- "sicisme contemporain" فربطت بين فكرة المسؤولية الشخصية والجزاء الجنائي، إلا أنها لم تعتبر - خلافاً لفكر المدرسة التقليدية الجديدة - الجزء الجنائي متدرجاً بقدر هذه المسؤولية ولم تعتبر مقدار حرية الإرادة ضابطاً لتدرج العقوبة، وإنما نادى بتقدير العقوبة وفقاً لاستعداد أو أهلية أو قابلية "Aptitude" المجرم لتحمل العقاب، والاستفادة منه في المستقبل. فشخصية المجرم هي التي تحكم اختيار العقوبة. على أن يتم معاملة المجرم أثناء تنفيذ العقوبة في ضوء مفاهيم علم الإجرام في ضوء شخصيته الإجرامية^(١).

١٩٥ - الضرورة بين التجريم والعقاب، وتدابير منع الجريمة

وفي غمار هذه التيارات الفكرية المختلفة التي تأثرت بها بعض التشريعات الجنائية، ظهر اتجاه إلى عدم وجوب الاعتماد على قانون العقوبات وحده في حل مشكلة الجريمة، واعتبار كافة قطاعات المجتمع مسؤولة عن مكافحتها، ومنها القطاع الجنائي. وفي ضوء هذا الاتجاه لم تعد مشكلة مواجهة الجريمة مجرد مشكلة قانونية بحتة، ولم يعد من الجائز معالجتها بنظرة مجردة تقوم على استخدام وسائل قانون العقوبات لمواجهتها^(٢). وفي ضوء هذه النظرة ظهرت سياسة اللاتجريم "Décriminalisation"، للحد من الإسراف في التجريم، وخاصة مع الجرائم المصطنعة التي استحدثتها بعض التشريعات. وقد ظهرت هذه السياسة بوضوح في المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوروبا سنة ١٩٧٠، وفي الندوة العلمية الثالثة التي أقامتها الجمعيات الدولية المشتغلة بالعلوم الجنائية^(٣)، والتي انعقدت في بيلاجيو

(١) انظر:

Merle et Vitu, op. cit., No.89-93, pp.138-145.

(٢) انظر مقالنا عن المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخاص بمناسبة العيد المئوي لكلية الحقوق، سنة ١٩٨٣، ص ٤٦٧؛ ٣٩٩.

(٣) وهي الجمعية الدولية لقانون العقوبات والجمعية الدولية لعلم الإجرام والجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي والجمعية الدولية لعلم العقاب.

بإيطاليا في مايو سنة ١٩٧٣^(١). كما لقي الموضوع الاهتمام ذاته في المؤتمر الخامس للأمم المتحدة الذي عقد في جنيف عام ١٩٧٥ لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين. ومقتضى هذا التجريم أن الضرورة لا تتوافر دائما للالتجاء إلى التجريم والعقاب من أجل مواجهة الانحراف الاجتماعي. وقد انعكس ذلك في إلغاء تجريم بعض الأفعال في فرنسا، مثل الزنا (منذ ١٩٧٥)، والإجهاض (منذ ١٩٩٣). وجنبا إلى جنب مع الدعوة إلى اللاتجريم، ظهر اتجاه في السياسة الجنائية إلى الحد من العقوبات السالبة للحرية تحت مسمى الحد من العقاب "Depenalisation"^(٢). فقد جاء المؤتمر الدولي لعلم الإجرام سنة ١٩٥٠ فدرس بوجه خاص مشكلة العقوبة المقيدة للحرية وضرورة البحث عن عقوبات بديلة لها. ومن هذه الزاوية أعيد تقييم أهداف النظام العقابي بأسره، بعد أن لوحظ أن (جهود المجتمع لمعالجة المجرمين كانت في أسوأ تقدير غير إنسانية، وفي أحسن تقدير غير فعالة، وأنها في الغالب عقيمة، وفي جميع الأحوال مشوشة)^(٣).

ولا يحول الحد من العقاب دون اعتبار الأفعال غير اجتماعية. على أن الحد من العقاب لا يعنى بالضرورة إلغاء العقاب تماما، وإنما يعنى إما إلغاء بعض العقوبات أو منع تعدد العقوبات. ويلاحظ أن اتجاهها معاصرا ينادى بتحويل جهات الإدارة سلطة فرض الغرامات كبديل للعقاب، وهو اتجاه لا يتفق مع الدستور المصرى الذى ينص على أنه لا عقوبة بغير حكم قضائى. ومعيار الاتجاه نحو الحد من التجريم والعقاب هو انتفاء الضرورة والتناسب. فلا يجوز الالتجاء إلى التدخل الجنائى إلا إذا كان هو الوسيلة اللازمة لحماية الحقوق والحريات عندما تتعرض للاعتداء أو لحماية المصلحة الاجتماعية.

وقد أشير إلى أن دراسات علم الإجرام فى الأعوام الأخيرة أثبتت ضعف تأثير رد الفعل العقابى على الإجرام، وأن هذا الإجرام ليس إلا محصلة مجموعة من أعمال رد

(١) - La décriminalisation, Actes du colloque de Bellagio, 1973, Centre Nazionale di prevenzi-
one E Difesa sociale.

(٢) انظر فى الموضوع:

Sacotte; Le mouvement de dépenalisation, la limitation et la privation de liberté dans les
pays de l'Eroupe occidentale, Archives politique criminelle, 1982, p.61 et S.

(٣) - D. Gattredon, sentencing trends in the united states; Implications for clinical criminolo-
gy, Rasengne di criminologia, vol. X, No.1 (1979) p.151.

الفعل الاجتماعي . وصاحب ذلك الدعوة إلى رفض الإستراتيجيات القائمة على النظام العقابي لمواجهة الجريمة، وضرورة عدم التركيز على الفرد الذي ارتكب الفعل الإجرامي، لأن عوامل الجريمة توجد خارج هذا الفرد . وهو ما يؤدي في نظر هذا الاتجاه إلى عجز النظام العقابي مهما بنى على عقوبات نموذجية أو رادعة، أو معاملة إصلاحية للجاني، لأن هذا الوضع لا يعالج سوى جزء صغير من مجموع مشكلة الإجرام، وهو ما يؤدي إلى فشل الاعتماد على (السجن) كحل مثالي لكثير من المشكلات الاجتماعية التي تقع تحت وصف الجرائم . وبالتالي، فإن الضرورة هي في معالجة عوامل الجريمة لا في معاقبة مرتكبيها^(١). ومؤدى هذا الاتجاه أن معالجة ظاهرة الجريمة تتم خارج النظام القانوني العقابي، وهو ما لا يمكن التسليم به، حماية للنظام القانوني وضمانا للحقوق والحريات . وكل ما يمكن السماح به هو وضع إستراتيجيات منع الجريمة في إطار الوظيفة الاجتماعية التي تنهض بها الدولة جنباً إلى جنب مع النظام العقابي مع التشديد في مفاهيم الضرورة الاجتماعية لتجنب التضخم في التجريم والعقاب .

١٩٦ - التناسب في إطار مبدأ المساواة أمام القانون

يعتبر التناسب الواجب توافره في التجريم والعقاب خطوة هامة لتحقيق المساواة في قانون العقوبات وأمام هذا القانون وبواسطته . والاختلاف في المعاملة الجنائية يجب أن يكون متناسباً بشكل معقول، فبه يقوم الأساس الموضوعي للاختلاف في المعاملة الجنائية . في ضوء ذلك بينا أن الضرورة الاجتماعية لا بد أن تحتم التجريم والعقاب بقدر متناسب مع الضرر أو الخطر الذي أحدثه الفعل محل التجريم . والتناسب الذي يقدره المشرع لا يعنى المساواة المطلقة في رد الفعل التجريمي أو العقابي بين الأفعال الضارة بالمجتمع أو بين مرتكبيها، لأنه لا يتطلب المساواة الحسابية في المعاملة الجنائية تجريباً وعقاباً . ومن ناحية فإن الاختلاف في المعاملة قد يوجبه إما اختلاف المراكز القانونية، أو تفوق اعتبار المصلحة العامة أو الاتفاق مع قصد المشرع رغم تماثل المراكز القانونية^(٢). فالمشرع الجنائي له أن يقرر معاملة جنائية مختلفة بقدر اختلاف الأفعال الجنائية ذات

(١) انظر: Ross Hastings; La prévention du crime. l'illusion d'un consensus. problèmes actuels de science criminelle, VI, op. cit., pp.53 - 55.

(٢) انظر: بحث في مؤلف

Ferdinand Mélin - Soucramanein; le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, paris, Economica, 1997, p.191.

الطبائع المختلفة . فالمساواة أمام القانون تفترض المساواة في مضمون هذا القانون ، وتتطلب أن تكون واقعية "réaliste" أى ليست مساواة شكلية . ومن هنا فإن مبدأ المساواة لا يتعارض مع اختلاف المعاملة الجنائية طالما اقتضت ذلك الغاية من القانون أو المصلحة العامة . فإذا لم توجد هذه الغاية أو لم تتطلب المصلحة العامة لا يتحقق التناسب^(١) . وتتحدد هذه الغاية في ضوء القيم التى يستهدف المشرع حمايتها ، وهى مسألة يدق تحديدها ومعرفة نطاقها^(٢) .

فبالنسبة إلى هذا الاختلاف ؛ فإن اختلاف وزن الضرر أو الخطر الذى يترتب على الفعل ، أو اختلاف وزن الدور الذى يقوم به مرتكبه ، يؤدى بالضرورة إلى اختلاف المعاملة الجنائية . إلا أنه قد تختلف المراكز القانونية في الفعل الواحد كما هو الحال بالنسبة للفاعلين في الجريمة أو الشركاء فيها ، مما يتطلب معاملة واحدة لكل فريق منهم . إلا أن المشرع قد يخرج عن ذلك ويقرر للشريك عقوبة الفاعل رغم اختلاف مركزهما القانوني . مثال ذلك ، المادة ٤١ عقوبات التى نصت على أن من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثنى بنص خاص ، و المادة ٤٣ عقوبات التى تنص على أن من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التى تعتمد ارتكابها متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت ، و المادة ٤٤ عقوبات ، التى تنص على تضامن الشركاء مع الفاعلين في الالتزام بالغرامات النسبية ما لم ينص في الحكم على خلاف ذلك . وكذلك الشأن بالنسبة للظروف الشخصية المخففة أو المشددة التى تجيز للقاضي الحكم بعقوبة مختلفة على متهم يتحد وضعه القانوني من حيث الفعل المادى الذى ارتكبه . وعلة ذلك أن المساواة يجب أن تكون واقعية ، فلا إخلال بمبدأ المساواة إذا أجاز تشديد العقاب على العائد عن الجريمة ، لاختلاف مركزه القانوني من الناحية الواقعية عن غير العائد وإن قارف الفعل نفسه المنسوب إليه . وكذلك الأمر بالنسبة للظروف الشخصية التى تستند إلى اعتبارات مختلفة يقدرها القاضي ، منها سن المتهم وبواعث ارتكاب الجريمة وإصلاحه الضرر المترتب على الجريمة ، واستفزاز المجنى عليه للجاني . فكل هذه

(١) وانظر تفصيلا ما سبق أن أوردناه عن مبدأ المساواة في الجزء الأول من هذا المؤلف .

Marc Verdussen, contours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, 1995, p. 133.

Marc Verduzen, op. cit., p. 136.

(٢)

الظروف تجعل الاختلاف بين الجناة أمراً واقعياً لا يجوز إغفاله طالما كان مبنياً على معايير موضوعية ومنطقية وفقاً للأهداف التي توخاها القانون^(١). ويلاحظ من ذلك أن مراقبة تحقيق الهدف الذي توخاه القانون من وراء المعاملة التي قررها، هي خطوة لازمة للتحقق من احترام مبدأ المساواة. ونحن لا نقر التضامن في الالتزام بالغرامات النسبية لأنها ذات طبيعة عقابية تتأبى مع مبدأ شخصية المسؤولية.

والخلاصة، فإن التحقق من المساواة في المعاملة الجنائية يتطلب التحقق من مدى وجود الاختلاف في المراكز القانونية، وقيام هذا الاختلاف على أسس موضوعية، وارتباط الاختلاف في المعاملة مع الهدف من القانون أو المصلحة العامة؛ وهو ما يتطلب قيام هذا الاختلاف على مبدأ التناسب؛ حتى يكون الاختلاف في المعاملة قائماً على أساس موضوعي.

١٩٧ - الدستور كعامل لتوجيه المشرع الجنائي نحو التجريم

يؤدي الدستور دوراً هاماً في توجيه المشرع الجنائي نحو التجريم. فالدستور إذ يتولى حماية الحقوق والحريات يتعين على المشرع ضمان هذه الحماية وتنظيمها، ومن وسائل هذا الضمان تقرير التجريم عند المساس بها. وبالإضافة إلى الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، فإنه يحمي قيماً أخرى يتعين على المشرع ضمانها. وقد يكون التجريم كذلك من وسائل هذا الضمان. ومن هنا، فإن التجريم يعكس القيم الدستورية سواء تمثلت في الحقوق والحريات أو غيرها. ويلجأ إليه المشرع إذا ما رأى أن حمايتها تستوجب تجريم المساس بها.

وبالنسبة إلى النوع الأول من القيم الدستورية، وهو الحقوق والحريات، فإن ضمان حمايتها من خلال التجريم يعكس الدور الإيجابي الذي تلزم به الدولة تجاه هذه الحقوق والحريات. فهي لا تقف أمامها موقف المتفرج السلبي، وإنما على العكس من ذلك تعمل بصفة إيجابية على ضمان ممارستها بل كفالة الارتقاء بها. ويشارك المشرع الجنائي بوصفه سلطة من سلطات الدولة في أداء هذا الدور الإيجابي، فيستوحي القيمة الدستورية للحقوق والحريات ويعبر عنها بالتجريم من خلال ما يضعه من أوامر أو

(١) مشار إليه في المرجع السابق ص ١٩١.

نواه مشفوعة بالعقاب عند مخالفتها ، وفي هذه الحالة ، فإن الجريمة التى ينص عليها قانون العقوبات تعتبر ترجمة أمينة للقيمة الدستورية التى يحميها . ومن ناحية أخرى ، فإن القضاء العادى بحكم اختصاصه بالفصل فى الدعاوى الجنائية ، يشارك بوصفه سلطة من سلطات الدولة فى أداء الدور الإيجابى للدولة فى حماية الحقوق والحريات .

وبالنسبة للنوع الثانى من القيم الدستورية ، فإنه يبدو فى المبادئ والقواعد الدستورية التى تتعلق بنظام الحكم والمصلحة العامة ، ويتولى المشرع الجنائى حمايتها من خلال تجريم الاعتداء على أمن الدولة من الداخل أو من الخارج ، والاعتداء على أعمال الوظيفة العامة ، وكل ما يتعلق بأعمال السلطتين التشريعية والقضائية . ويستهدف حماية الأمن والاستقرار وضمان سير المرافق العامة .

وقد يعبر الدستور صراحة عن التجريم كوسيلة للدور الإيجابى للدولة فى حماية الحقوق والحريات . وقد بدا ذلك بوضوح فى مثالين عبر عنها الدستور المصرى ، فقد نصت المادة ٥٧ منه على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون - جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم .

كما نصت المادة ٧٢ من هذا الدستور على أن يكون الامتناع أو تعطيل تنفيذ الأحكام من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون . كما أن الدستور الأسبانى قدم ثلاثة أمثلة أخرى ؛ فبعد أن نص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٥ على الحق فى التمتع ببيئة ملائمة والتزام السلطات العامة بالاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية لحماية وتحسين مستوى الحياة والعناية بالبيئة ، ونص فى الفقرة الثالثة لهذه المادة على معاقبة من يخالف ذلك بجزاءات جنائية أو إدارية عند الاقتضاء . كما نصت المادة ٤٦ من الدستور الأسبانى على أن السلطات العامة تكفل المحافظة على الثروة التاريخية والثقافية والفنية للشعب الأسبانى ، وأن قانون العقوبات يعاقب على المساس بهذه الثروة . كما نصت المادة ٥٥ / ٢ من الدستور الأسبانى على أنه يمكن لقانون أساسى أن يحدد كيفية إمكان إيقاف الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ١٧ / ٢ و ١٨ / ٣ وتحديد حالات ذلك بالنسبة إلى بعض الأشخاص فى إطار تحقيق يجرى حول أعمال العصابات المسلحة أو العناصر الإرهابية . ونصت المادة ٥٥ المذكورة على أن سوء استخدام الصلاحيات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أو التعسف فى ذلك يؤدى إلى انعقاد المسئولية الجنائية المترتبة على مخالفة الحقوق والحريات المعترف بها قانوناً .

كما نص الدستور اليونانى فى المادة ٦ على معاقبة كل من يتسبب فى التعسف فى حبس أحد الأفراد . كما نصت المادة ٩ من هذا الدستور على معاقبة كل انتهاك لحرمة المنازل والتعسف فى استخدام السلطة بالنسبة إلى القائمين بتفتيش المساكن فى غير الحالات أو بغير الأشكال التى حددها القانون . كما نصت المادة ٥٢ من الدستور على أن التشريع يحدد الجزاءات الجنائية على من يخالف ما نصت عليه هذه المادة من أن التعبير الحر عن إرادة الشعب بوصفها تعبيراً عن سيادة الشعب تكفله جميع أجهزة الجمهورية التى تلتزم بضمانه فى جميع الظروف . ونصت المادة ١/٢٤ من هذا الدستور بالنسبة إلى حماية البيئة على أن الدولة تلتزم باتخاذ الإجراءات المانعة أو الجنائية لضمان هذه الحماية .

ونص الدستور الأيرلندى فى المادة ٦/٤٠ على أن نشر الأعمال أو الأقوال غير الأخلاقية أو التى تتطوى على إغراء جنسى تعتبر جريمة يعاقب عليها القانون . ونص الدستور الإيطالى فى المادة ٤/١٣ على أن يعاقب على كل إكراه بدنى أو أدبى ضد الأشخاص المقيدة حريتهم^(١) .

وقد ثار البحث حول مدى رقابة المحكمة الدستورية للمشرع فى سلطته فى التجريم عند حماية الحقوق والحريات التى شملها الدستور بحمايته .

ففى ألمانيا، نظرت المحكمة الدستورية الاتحادية طعنا بعدم دستورية المادة ٢١٨ من قانون العقوبات المضافة بقانون صادر فى ١٨ يونية سنة ١٨٧٤ ، والتى كانت تسمح للطبيب بأن يجهض الحامل فى خلال ١٢ أسبوعاً من خلق الجنين فى بطنها^(٢) ، استثناءً من مبدأ تجريم الإجهاض الذى أكدته قانون ١٨ يونية سنة ١٨٧٤ سالف الذكر . وكان

(١) عُنيت بعض الدساتير بتحديد نظام خاص للتجريم يتعلق برئيس الدولة من خلال تحديد مجموعة من الأفعال التى من شأنها أن تعقد مسئولية جنائية . مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٦١ من الدستور الألمانى من أن البوندستاغ أو Bundesrat يمكنه اتهام رئيس الاتحاد الألمانى أمام المحكمة الألمانية الاتحادية للمخالفة المتعمدة للدستور أو لأى قانون اتحادى . وكذلك المادة ٦٨ من الدستور الفرنسى حصرت المسئولية الجنائية لرئيس الجمهورية عن الأعمال التى يباشرها فى أثناء تأدية وظيفته فى حالة الخيانة العظمى . وكذلك نصت المادة ١/٤٩ من الدستور اليونانى على أن رئيس الجمهورية مسئول جنائياً فى حالة الخيانة العظمى أو الانتهاك المتعمد للدستور . كما نص الدستور الإيطالى فى المادة ٩٠ على أن رئيس الجمهورية لا يكون مسئولاً عن الأعمال التى يباشرها فى أثناء تأدية وظائفه إلا فى حالة الخيانة العظمى أو الاعتداء على الدستور .

(٢) وقد قيل بأن ذلك يجرى فى اليوم الرابع عشر من الاتصال الجنسى .

مدار الطعن أن هذا الاستثناء من التجريم يعتبر انتهاكا لحق كل كائن في الحياة. وقد ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية وفق ما استقر عليه قضاؤها أنه من الأفضل في حالة الشك حول نطاق حق «أساسي» - أي حق يحميه الدستور - اختيار التفسير الذي يعطيه أكبر قدر من الفاعلية، وأنه تطبيقا لهذا المبدأ، فإن الضمانات المرتبطة بالحق في الحياة يجب أن تمتد إلى الحياة خلال نموها، أي حياة الكائن الحي الذي لم يولد بعد. وقارنت المحكمة الدستورية بين حق الكائن الحي، وحق المرأة في قبول الأمومة من عدمه والذي ينبع من حقها في تنمية شخصيتها وفق ما نص عليه الدستور الألماني، ثم أكدت أن حق المرأة المذكور ليس مطلقا وأنه لا يجوز لها ممارستها حين تمس حقوق الغير، واستخلصت المحكمة إعطاء الأولوية لحق الجنين في الحياة والذي يتضمن منع الأم من إجهاض نفسها. ولم تقتصر المحكمة الدستورية الألمانية على ذلك، بل أضافت أنه إذا كان للمشرع أن يفرض تدابير مانعة لحماية الحق في الحياة، إلا أن التدابير العقابية ما زالت هي السلاح الأقوى في يد الدولة لتقرير حماية هذا الحق، مما يجب معه أن يظل الإجهاض في نطاق التجريم^(٢). ثم أكدت المحكمة الدستورية الألمانية هذا المبدأ في حكم لها سنة ١٩٩٣، إلا أنها تركت قسطا كبيرا من الحرية للمشرع في فرض تدابير مانعة للحيلولة دون الإجهاض في هذه الفترة، مثل تقديم المساعدة الاجتماعية للأم^(٣).

وفي البرتغال، كان قانون العقوبات حتى سنة ١٩٨٤ يعاقب على الإجهاض بغیر استثناء، إلى أن صدر قانون سنة ١٩٨٤ الذي يسمح بالإجهاض في بعض الأحوال. وقد نظرت المحكمة الدستورية طعنا على هذا القانون في مناسبتين أصدرت بشأنها حكما في ١٩ مارس سنة ١٩٨٤ وآخر في ٢٩ مايو سنة ١٩٨٥^(٤). وفي الحكمين لم تقرر المحكمة الدستورية البرتغالية عدم دستورية النصوص الجنائية محل الطعن، فذهبت في حكمها الأول إلى أن الحق في حياة الإنسان بعد ولادته، ومن ثم فيمكن التضحية به إذا ما تعارض مع حق «أساسي» آخر يحميه الدستور. وذهبت في حكمها الثاني إلى أن

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مشارا إليه في:

Marc Verdussen, op. cit., pp. 323,324.

وانظر إليه أيضا معلقا عليه في تقرير: Rainer Arnold; constitution et avortement (xe cours International- al de justice constitutionnelle, constitution et Bioéthique, Aix en Provence, 7-12 septembre 1998) Annuaire International de justice constitutionnelle, 1998, pp. 436-439.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في ٢٨ مايو سنة ١٩٩٣ مشارا إليه في تقرير:

Rainer Arnold (l'ovule fécondé) Annuaire, op. cit., pp. 443-446.

(٤) انظر هذين الحكمين مشارا إليهما في مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., pp. 325,326.

حماية الحق في حياة الجنين يجب أن تكفله الدولة، ولكن هذه الحماية لا تتم كفالتها بالضرر من خلال التجريم الجنائي.

وفي إيطاليا، وازنت المحكمة الدستورية الإيطالية في حكم لها سنة ١٩٧٥ بين حق الجنين في الحياة، وحق الأم في الصحة وفي الحياة، وقضت بعدم دستورية نص في قانون العقوبات يحظر الإجهاض في حالة تعرض الأم الحامل لخطر جسيم. وفي ضوء هذا الحكم صدر القانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٧٨ يسمح بالإجهاض لأسباب طبية (thérapeutiques eugéniques) وإجرامية واجتماعية^(١). أصدرت المحكمة الدستورية الإيطالية حكماً في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٨٩ حددت فيه العلاقة بين القيم الدستورية وقانون العقوبات، فأكدت أن من واجب المشرع الالتجاء إلى التجريم الجنائي لحماية القيم الضرورية لتحقيق الشروط الأولية للحياة داخل المجتمع، تاركا للمشرع اختيار ما يراه من وسائل الحماية للقيم الاجتماعية الأقل ضرورة^(٢).

وفي فرنسا أكد المجلس الدستوري الفرنسي المبادئ الآتية:

(أ) مبدأ احترام كل كيان إنساني منذ بدء حياته، وأنه لا يجوز المساس بهذا الحق إلا في حالة الضرورة ووفقاً للشروط والقيود التي يحددها القانون^(٣).

(ب) مبدأ إلغاء نصوص التجريم والعقاب التي ترد على الإجهاض التي تمارسه المرأة الحامل برضاها على نفسها في حالة الضرورة، ووفقاً للشروط التي ينص عليها القانون، لا يخالف أدنى حق للطفل في الصحة، ولا أي مبدأ دستوري آخر^(٤).

(ج) مبدأ حماية حق الكيان الإنساني في الحياة منذ بدء حياته لا ينصرف إلى الجنين من خلال التلقيح الصناعي متروكاً للمشرع وليست له قيمة دستورية، وذلك باعتبار أن الأم ليست ملزمة بالمحافظة على هذا النوع من الأجنة التي وجدت بطريقة صناعية، مهما كانت الظروف التي تمر بها، ومهما كانت مدة هذا الحفظ. فلا ينطبق على هؤلاء مبدأ المساواة بالإنسان الذي يتعين المحافظة على حقه في الحياة^(٥).

ومن مجموع هذه المبادئ يتضح أن إلغاء تجريم الإجهاض الاختياري في فرنسا يرجع

(١) مشار إليه في تقرير: Rainer Arnold, op. cit., p. 446.

(٢) انظر هذا الحكم مشاراً إليه في مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., p. 328.

(٣) Déc. no. 64-54 du 15 Janvier 1975, Rec. jur.

(٤) انظر القرار المشار إليه في الهامش السابق.

(٥) Déc. no. 94-343-344 du 27 juillet 1994, Rec. jur. const. p. 592.

إلى انتفاء الضرورة كموجب للتجريم في هذا النوع من الأفعال، دون أن يعنى المساس بالحق في الحياة، وأن عدم تمتع الجنين - بسبب التلقيح الصناعي - بالحق في الحياة يرجع إلى حق الأم في عدم الالتزام بالاحتفاظ بالجنين (الصناعي) لمدة غير محدودة ومهما كانت الظروف^(١). ومن ناحية أخرى، فإن الإجهاض في فرنسا يجب أن يظل في إطار الاستثناء - وهو ما صرحت به وزيرة الصحة الفرنسية عند وضع القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٧٤، وفكرة الضرورة هي التي تحكم إجازة الإجهاض الاختياري، وذلك إذا ما تعرضت صحة الحامل للخطر أو وجد احتمال قوى بأن الطفل سوف يولد مصاباً بمرض جسيم لا شفاء منه^(٢).

وفي أسبانيا، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الحق في الحياة لا يمكن أن يكون إلا حقاً بغير حدود، إلا أن حق الجنين في الحياة لا يتفوق على حق الأم الحامل في الحياة والكرامة، فيجوز الإجهاض إنقاذاً لحياة الأم أو حفاظاً على كرامتها. وفي ضوء هذا المبدأ جاء القانون الأسباني فسمح بالإجهاض في ثلاث حالات:

(الأولى)، الحفاظ على حياة الأم، وذلك إذا كان منع الإجهاض يعرض حياة الأم الحامل أو صحتها للخطر.

(الثانية)، إذا كان الحمل ثمرة اغتصاب الأم. ففي هذه الحالة يكون الإجهاض حماية لكرامتها الإنسانية وحماية لذاتها العضوية والأخلاقية وحماية لشرفها وصورتها ولخصوصيتها الشخصية.

(الثالثة)، إذا كان الإجهاض للحيلولة دون ولادة طفل يعاني من آلام جسيمة عضوية ونفسية، وذلك - كما قالت المحكمة الدستورية الأسبانية لأن إنجاب مثل هذا الطفل سوف يكبد الأسرة أعباء جسيمة ولا تستطيع - إلا في حالات قليلة - الحصول على المعونة الاجتماعية^(٣).

وفي مصر، جرم قانون العقوبات الإجهاض ولو كان برضاء الحامل (المادتان ٢٦١

(١) Déc, 27 Juillet 1994, Recueil, 94 - 343 - 344 Dc, p. 592, Luchaire, op. cit., p. 28.

(٢) Pierre Cambot, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, 1998, op. cit., p. 117.

(٣) المحكمة الدستورية الأسبانية في ١١ إبريل سنة ١٩٨٥ وفي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٩٦. انظر: Pierre Cambot, op. cit., pp. 114-120.

و٢٦٢ عقوبات) حماية ورعاية للجنين أثناء خروجه للحياة وألقى واجبا على الأم في هذه الرعاية، واتفاقا مع ما نص عليه الدستور من أن الدولة تكفل حماية الأمومة والطفولة (المادة ١٠) هذا فضلا عن حماية الحق في الحياة. إلا أنه إذا ما توافرت حالة الضرورة في الحدود الذى نص عليها القانون، لتحقيق هذا الإجهاض بما تتطلبه من لزوم وتناسب انتفت مقتضيات التجريم والعقاب.

وقضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في ٢٦ مارس سنة ١٩٨٥ أن المشرع يختار الطريق الجنائى (التجريم) عند المساس بالحياة الخاصة في ضوء ثلاثة عناصر، هي: مظهر الحياة الخاصة محل الاعتداء، ودرجة فاعلية الضمانات الأخرى التى وفرها المشرع للحق في الحياة الخاصة، وأخيرا المقارنة بالجزاءات الجنائية التى قررها المشرع في حالات أخرى. وقد استخلص من هذا الحكم أن التزام المشرع بالالتجاء إلى التجريم لحماية الحق الذى يحميه الدستور ليس التزاما مطلقا^(١).

ومن مجموع ما تقدم نستخلص الحقائق الآتية:

أولاً: أن الدولة بجميع سلطاتها تلتزم بضمان احترام الحقوق والحريات التى يحميها الدستور. ولا يقف هذا الضمان عند مجرد اتخاذ موقف سلبي تجاهها بل يتعين على الدولة اتخاذ موقف إيجابي لتوفير هذا الضمان. وقد يتمثل ذلك في تجريم المساس بالحقوق والحريات.

ثانياً: أن التجاء المشرع لتجريم المساس بالحقوق والحريات وغيرها من القيم الدستورية الأخرى لضمان حمايتها يعتمد على مجموعة القيم التى شملها الدستور بالحماية. ومن هنا يعتبر الدستور عاملاً مهماً في توجيه المشرع الجنائى نحو تحديد «المصالح المحمية» التى يقرر تجريم الاعتداء عليها حين يرى ضرورة هذا التجريم كأسلوب لحمايتها.

ثالثاً: أن الدستور قد لا يقتصر على توجيه المشرع الجنائى نحو «المصالح المحمية» بالتجريم، بل يمتد توجيهه إلى ضرورة الالتجاء إلى التجريم كأسلوب للحماية، وذلك حين ينص صراحة في بعض نصوصه - كما بينا من قبل - على تجريم الاعتداء على نوع من الحقوق والحريات أو غيرها من القيم الدستورية.

(١) انظر مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., p. 329.

رابعاً : أن تأثير الدستور في توجيه المشرع الجنائي نحو التجريم أو تحديد «المصالح المحمية» بالتجريم ، يقتصر على التجريم من حيث المبدأ ، إلا أن المشرع ينفرد بممارسة سلطته التقديرية في تحديد نطاق التجريم ومدى جسامته في ضوء ما تمليه الضرورة الاجتماعية لتقرير الحماية الفعالة للمصالح المحمية بالتجريم .

خامساً : أن القاضى الجنائى يستعين في تفسيره لنصوص التجريم التى استوحاها المشرع من الدستور بالروح التى أملت على المشرع الدستورى حماية نوع من القيم الدستورية التى اتخذها المشرع العادى محلاً للتجريم .

الفصل الثانى

ضمانات الحقوق والحريات فى مواجهة التجريم والعقاب

١٩٨- فكرة عامة

أوضحنا فيما تقدم أن المساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم تحكمه اعتبارات الضرورة والتناسب التى يقوم فى ضوئها التوازن بين هذا المساس وبين سائر القيم التى يحميها الدستور (سواء تجلت فى المصلحة العامة أو فى حماية غيرها من الحقوق والحريات).

وأكدنا وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية أن التشريع ينفرد بحسب الأصل فى إقامة هذا التوازن، فما هى الكيفية التى يسلكها المشرع فى إطار الضرورة والتناسب. نعم يملك المشرع سلطة تقديرية فى تحديد مسلكه، إلا أنه لا يملك أن يصل بممارسة هذه السلطة إلى الحد الذى تفقد فيه الحقوق والحريات مضمونها وجوهرها. وفيما يلى نعرض للضمانات التى يتقيد بها المشرع لإحداث التوازن المطلوب فى ضوء الضرورة والتناسب بما لا يفقد الحقوق والحريات محتواها.

وتتمثل هذه الضمانات فيما يلى:

(١) أن يكون الفعل - أو الامتناع - هو مناط التجريم.

(٢) شخصية المسئولية.

(٣) عدم جواز المساس بجوهر الحقوق والحريات.

(٤) شخصية العقوبة وتناسبها.

وفيما يلى نعرض لكل من هذه الضمانات على حدة، مع مراعاة أن التمتع بها يجب أن يتم فى إطار مبدأ دستورى هو المساواة أمام القانون.

المبحث الأول

الفعل - أو الامتناع - هو مناط التجريم

١٩٩- الأهمية الدستورية للفعل محل التجريم

يرتكز الأساس الفلسفى لهذا الضمان على ثلاثة عناصر هى : مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذى يتطلب أن يكون المخاطبون بقانون العقوبات على علم بالأفعال التى يجب عليهم تجنب ارتكابها حتى لا يقعوا فى حماة مخالفة هذا القانون . بالإضافة إلى أن مبدأ المسؤولية الشخصية القائمة على حرية الإرادة والذى يفترض وقوع فعل معين معبر عن هذه الإرادة . هذا بجانب أن اليقين القضائى لا يمكن أن يتوافر إلا بالنسبة إلى ثبوت الأفعال ، وهو ما يترتب على ضمان الأصل فى المتهم البراءة . وكل هذه العناصر تفصح عن أن ما يركن إليه قانون العقوبات ابتداء - فى زواجه ونواهيته - هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه ، إيجابيا كان هذا الفعل أم سلبيا ، ذلك أن العلائق التى ينظمها هذا القانون فى مجال تطبيقها على المخاطبين بأحكامه ، محورها الأفعال ذاتها ، فى علاماتها الخارجية ، ومظاهرها الواقعية ، وخصائصها المادية ، إذ هى مناط التأثيم وعلته ، وهى التى يتصور إثباتها ونفيها ، وهى التى يتم التمييز على ضوءها بين الجرائم بعضها البعض .

ولهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن نصوص الدستور تعند بالأفعال وحدها باعتبارها مناط التأثيم وعلته ؛ وذلك على أساس أنها دون غيرها هى التى يجوز إثباتها أو نفيها ، وهى التى يتصور أن تكون محل تقدير محكمة الموضوع ، وأن تكون عقيدتها بالبناء عليها ، وأنه بعدم قيام الجريمة على فعل معين يتم التجهيل بمادية الأفعال التى يتعين على المخاطبين بقانون العقوبات توقيها وتجنبها ، وأنه لا يجوز - فى أية حال - أن تكون مصائر الناس معلقة على غير أفعالهم ، بالإضافة إلى أن الأفعال هى

التي يعبر بها الجاني عن إرادته الواعية الجازمة ، متوسلا بها إلى بلوغ النتيجة الإجرامية التي يبتغيها^(١).

٢٠٠- تطبيقات

* وتطبيقا لهذا الضمان ، قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية نص المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المشتريين والمشتبه فيهم ويسقط أحكام المواد المرتبطة بها ، تأسيسا على أن الاشتهار الذي يقوم عليه الاشتباه محل التجريم لا يعاصره فعل أو أفعال معينة ، وينصرف إلى حالة خطيرة تستمد عناصرها من السوابق أو الأقوال أو غيرها ، وجميعها لا ترقى إلى مرتبة الفعل ولا يقوم هو بها ، ومن ثم يقصر الاشتهار عن أن يكون من الأفعال التي يجوز تجريمها وفقا لضوابط الدستور وضماناته التي يؤدي الإخلال بها إلى اقتحام الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية ، وإلى الانتقاص من الحقوق التي كفلها الدستور في مواجهة التسلط أو التحامل . وأضافت المحكمة الدستورية العليا إلى ذلك أنه مما يناقض إدانة الشخص على أساس الاشتهار بالمعنى السابق ، افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه إلى أن

(١) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ ، القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثاني) القاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣ ، دستورية عليا في أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٤ (العدد ٤٢) ؛ ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ٨ يونيو سنة ١٩٩٥ (العدد ٣٢) ؛ ٣ يوليو سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ٢٠ يوليو سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٩) ؛ ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥ (العدد ٥١) ؛ ١٥ يونيو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ٢٧ يونيو سنة ١٩٩٦ (العدد ٢٥) ؛ ١ فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧) .

وانظر في الموضوع بحثا للدكتور أشرف توفيق شمس الدين عن ماهية الفعل محل التجريم في قضاء المحكمة الدستورية العليا .

(المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق جامعة حلوان - دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري سنة ١٩٩٨ ص ٦٤٩ وما بعدها) .

تخلص المحكمة إلى إدانته بصفة باتة بعد اقتناعها بالأدلة الكافية على ثبوتها بما لا يدع مجالاً لشبهة انتفاءها^(١).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكرراً من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات، وتنظيم استعمالها على أساس أن النص المطعون فيه قد حدد تدابير لا يجوز توقيعها ضد شخص معين إلا في إحدى حالتين هما، سبق الحكم عليه أو اتهامه اتهاماً جدياً أكثر من مرة في جناية نص عليها القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها، على أساس أن هذه التدابير تنال جميعها من الحرية الشخصية لاتسامها بخصائص العقوبة وانطوائها على عبثها، وانصرافها لإيلاماً مقصوداً، دون أن تقابلها أفعال أئتمها المشرع وجودها تحديداً دقيقاً^(٢). وأضافت المحكمة الدستورية العليا إلى هذا المبدأ أن المشرع ربط التدابير التي حددها بخطورة إجرامية افترضها ووصم بها الشخص، وأن هذه الخطورة - وإن لم تفض بعد إلى جريمة بالفعل، إلا أن المشرع أقام بها صلة مبتسرة بين ماضيه وحاضره، دامجاً بينهما، مستوجبا محاسبته عن تلك الحالة التي أنشأها، وقرنها بتتابع الاتهام، لتتحل إرهاباً بعودة الأشخاص الذين تعلق بهم مجال تطبيق النص المطعون فيه إلى الإجمام، بافتراض أنهم لا يعرفون لأقدامهم موقعها، ولا يقدرّون للأمور عواقبها، وأن نزوعهم إلى الإجمام راجحاً، حال أن مصائر الناس لا يجوز أن تعلق على غير أفعالهم التي يسألون عن حسننها أو قبحها، وكان اتهامهم ولو كان جدياً ومتتابعاً لا يعدو أن يكون شبهة قد لا يكون لها من ساق ولا يجوز بالتالي أن يردهم النص المطعون فيه جميعاً إلى دائرة الخطورة الاجتماعية، ويلصقها دوماً بهم، أيا كان مصير الاتهام الموجه إليهم، بل ولو قضى ببراءتهم، ليكون لغواً وافتئاتاً على الحرية الشخصية في جوهر خصائصها، وهى بعد حرية لا يجوز تقييدها على خلاف أحكام الدستور التي لا تعتد إلا بالأفعال وحدها باعتبارها مناط التائيم.

(١) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه.

(٢) دستورية عليا في ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ في ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٩.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا أنه لا يتصور وفقا لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادى ، ولا إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم والنتائج التى أحدثها بعيدا عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه . ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس النوايا التى يضمهرها الإنسان فى أعماق ذاته - تعتبر واقعة فى منطقة التجريم ، كلما كانت تعكس سلوكا خارجيا مؤاخذا عليه قانونا ، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها ، وتم التعبير عنها خارجيا فى صورة مادية لا تخطئها العين ، فليس ثمة جريمة^(١).

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها وذلك فيما تضمنته من معاقبة من يخالف أحكام المادة الثانية من هذا القانون بعقوبة المخالفة إذا كان حسن النية ، تأسيسا على أن ركن الخطأ فى الجرائم غير العمدية ، ليس إلا فعلا أو امتناعا يمثل انحرافا عما يعد وفقا للقانون الجنائى سلوكا معقولا للشخص المعتاد ، وكان تحديد مضمون الأفعال أو مظاهر الامتناع التى تقوم عليها هذه الجرائم ، من خلال بيان عناصر الخطأ ، بما ينفى التجهيل بها ، ضرورة يقتضيها اتصال هذا التجريم بالحرية الشخصية^(٢).

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن تأثيم المشرع لأفعال بذاتها حال وقوعها فى مكان معين ، مؤداه أن تعيين حدود هذا المكان بما ينفى التجهيل بأبعاده ، شرط أولى لصون الحرية الفردية التى أعلى الدستور قدرها^(٣).

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم

(١) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٥١ فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ ، القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .

(٣) دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ ، القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٢٨ ص ٣٥٨ .

٦٨ لسنة ١٩٧٦ فيما نصت عليه من عدم جواز دمع المشغولات الذهبية إذا لم يقدم حائزها الدليل على دخولها البلاد بطريق مشروع، لأن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم العمدية التي لا يجوز أن تتوافر أركانها إلا بإرادة مرتكبها، ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها عملا ماديا آتاه جان^(١).

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩. وكان من بين ما أسست عليه قضاءها أن النص المطعون فيه - وإن كان عقابيا إلا أنه خلا من بيان الأفعال التي أثمها، والتي يعتبر إتيان المدعى لها واقعا في دائرة التجريم، وأن تحديد الأفعال التي كان ينبغي أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائي، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة المهام التي ناطها الدستور بها^(٢).

وفي هذا المعنى قضى المجلس الدستوري في فرنسا في ١٨ يناير سنة ١٩٨٥ اعتمادا على إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ والمادة ٣٤ من الدستور الفرنسي، بعدم دستورية المادة ٢٠٧/١ من النص المعروض عليه، على أساس أنه لم يحدد عناصر الجريمة التي يهدف إلى المعاقبة عليها^(٣). وكان القضاء الفرنسي قد لاحظ منذ بداية هذا القرن أن المشرع حين وضع بجانب جريمة خيانة الأمانة جريمة اختلاس خاصة تحت اسم "malversation" لم يحدد عناصر هذه الجريمة وتركها لتقدير القضاة^(٤)، مما أدى بمحكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار الجريمة قائمة في حق السنديك إذا اتجهت إرادته إلى مخالفة التزاماته تجاه المدين^(٥).

(١) دستورية عليا في ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ العدد ٢٩.

(٢) دستورية عليا في ٣ يوليوية سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥.

(٣) Décision No.84-183 De du 18 Janvier 1985 Crim. 4 Juillet 1901, Bull No.190.

(٤) Crim. 4 Juillet 1901, Bull No.190.

Crim.11 Juin 1979, Bull, No.200.

(٥) Genevois, Chroniques, Annuaire, 1985, p.413-415.

٢٠١- جواز تحديد الفعل المادى من خلال ضابط عام لا يجهل مضمونه أو يثير اللبس حول حقيقته

أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن اعتداد القانون بضابط عام يكون كاشفا عن ماهية الأفعال التى حظرها ومحددا لمضمونها، لا ابتداء فيه، وليس أمرا فريدا أو دخيلا طالما أن تحديد الأفعال يتم وفق أسس موضوعية. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا^(١) بأن البيّن من الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ التى اعتبرت فى حكم التهريب تقديم مستندات أو فواتير مزورة أو مصطنعة أو وضع علامات كاذبة أو إخفاء البضائع أو العلامات أو ارتكاب أى فعل آخر يكون الغرض منه التخلص من الضرائب الجمركية كلها أو بعضها أو بالمخالفة للنظم المعمول بها فى شأن البضاعة الممنوحة؛ أن هذه الفقرة تواجه السلع التى لم تزل بعد وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية، ولكن أفعالا اتصلت بها ترجح احتمال تهريبها. وتندرج هذه الأفعال تحت فئتين:

أولاهما، أفعال توخى المشرع بتجريمها حماية المصلحة الضريبية. وثانيتهما، أفعال توخى المشرع بتجريمها حماية المصلحة الاقتصادية للدولة فى غير مجالاتها الضريبية، وبوجه خاص فى مجال حماية الصناعة الوطنية وتأمين انتعاشها، وحدد المشرع هذه الأفعال كذلك بالنظر إلى مراميها، ذلك أن مرتكبها يؤاخذ عنها قانونا كلما سعى بمقارفتها إلى مخالفة النظم المعمول بها فى شأن السلع الممنوع استيرادها. وقالت المحكمة: إن قالة التجهيل بالأفعال المعاقب عليها وفقا لهذه الفقرة المطعون عليها لا محل لها، ذلك أن الأفعال التى انتظمتها هذه الفقرة محددة بطريقة واضحة لا التواء فيها وهى قاطعة فى اتجاهها مباشرة إلى الأغراض التى توختها لتأمين المصلحة المقصودة بالحماية. وقد ارتبط تأييم الفئة الثانية من الأفعال التى نهت تلك الفقرة عن ارتكابها بالنظم المعمول بها فى شأن البضائع الممنوع استيرادها أو تصديرها، وهى نظم قائمة لم

(١) دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩ تابع).

يمتد الطعن المائل إليها أو يتناولها بالتجريم - أما الفئة الأولى من الأفعال التي أئتمها المشرع - وهي تلك التي ترمى إلى العدوان على محض المصلحة الضريبية - فقد دل الواقع العملي على صعوبة حصرها وإيرادها واحدا واحدا، ذلك أن الطرق والوسائل التي يتدعها المكلفون بأداء الضريبة الجمركية بقصد التخلص منها، يتعذر رصدتها أو إحصاؤها أو توقعها، وهي تتنوع في صورها تبعا لتطور العلوم التي تحمل معها ألوانا جديدة من المعرفة كان التنبؤ بها أو الإرهاص باحتمالاتها بعيدا. ولم يكن أمام المشرع من خيار في مجال تحديد الأفعال المنهى عنها، إلا أن يبينها من خلال ضابط عام لا يجهل بمضمونها أو يثير اللبس حول حقيقتها، بل يحدد محتواها بالرجوع إلى مرماتها أو الغرض المقصود منها، جاعلا ذلك مناط تجريمها ارتكابها بقصد التخلص من الضريبة الجمركية المقررة على البضاعة التي يراد تهريبها.

وقد عرف قانون العقوبات أمثلة أخرى للضابط العام الذي يكشف عن ماهية الأفعال المحظورة ويحدد مضمونها، مثال ذلك المادة ١١٣ عقوبات بشأن جريمة استيلاء الموظف العام على الأموال العامة وانتزاع حيازتها بقصد تملكها بغير حق وبأية وسيلة يراها مؤدية إلى الحصول عليها. وكذلك المادة ٢٣٠ عقوبات بشأن جريمة القتل العمد، إذ تقع بجميع صور الاعتداء على حق الإنسان في الحياة^(١).

(١) انظر أيضا في إيراد هذين المثالين دستورية عليا في ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، المشار إليها في الهامش السابق.

المبحث الثانى

شخصية المسؤولية الجنائية

نفترض شخصية المسؤولية الجنائية قيام عنصرين :

(أولهما): مسؤولية المجرم عن فعله الشخصى لا عن فعل الغير.

(ثانيهما): الإرادة الحرة لدى المسئول عن الجريمة ؛ وهو ما يتطلب ابتداء أن يكون مدركا مميزا لفعله .

وفىما يلى نتحدث عن كل من هذين العنصرين فى مطلب مستقل

المطلب الأول

صدور الفعل من المجرم

٢٠٢- الإسناد المادى للفعل

لا يمكن اعتبار الشخص مسئولاً جنائياً إلا عن فعله - أو امتناعه - الشخصى . فالشرط الأول للمسئولية يتمثل فى وجود علاقة مادية بين الجريمة والسلوك الشخصى للمسئول عنها . ويفترض هذا الإسناد المادى توافر عنصرين :

- (١) مساهمة الشخص بفعله الشخصى فى الجريمة .
- (٢) توافر علاقة السببية بين فعل المساهمة والنتيجة الإجرامية التى يعتد بها المشرع فى التجريم والعقاب .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ضرورة توافر الإسناد المادى للفعل كضمان لشخصية المسئولية ؛ فقالت بأن الأصل فى الجريمة ، أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسئول عنها ، وهى بعد عقوبة يجب أن تتوازن «وطأتها» مع طبيعة الجريمة موضوعها ؛ بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله ، وأن جريرة الجريمة لا يؤخذ بها إلا جناتها ، ولا ينال عقابها إلا من قارفها ، وأن «شخصية العقوبة» و «تناسبها مع الجريمة محلها» مرتبطتان بمن يعد قانوناً «مسئولاً عن ارتكابها» ، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة - التى كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ - شخصية المسئولية الجنائية ، وبما يؤكد تلازمهما ، ذلك أن الشخص لا يكون مسئولاً عن الجريمة ، ولا تفرض عليه عقوبتها ، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها^(١) . واستخلصت المحكمة الدستورية

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ ، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، مجموعة =

من هذا المبدأ عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ ، وأسست ذلك على أن المسؤولية الجنائية التي قررها النص المطعون فيه في شأن رئيس الحزب ، هي في حقيقتها نوع من المسؤولية بطريق القياس ، فقد ألحق المشرع مسؤولية رئيس الحزب بمسؤولية رئيس التحرير ، وربطها بها ، وجعلها من جنسها ، وأقامها من نسيجها ، وأضاف إليها لتتبعها ثبوتاً ونقياً ، وليحيلها إلى مسؤولية مفترضة في كل مكوناتها وعناصرها ، فلا تقوم الجريمة بها بناء على أفعال محددة فصلها المشرع ناهياً رئيس الحزب عن إتيانها بما لا غموض فيه ، ولا إرادة واعية تعطيها دلالتها الإجرامية وتوجهها وجهة بذاتها لبلوغ أغراض معينها . هذا بالإضافة إلى أن المسؤولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افتراض مؤداه أن الصحيفة الحزبية زمامها بيده ، يستقل بأمورها ويهيمن عليها ، وأن إهمالا وقع منه في مجال تقييم ما ينشر بها ، وهو افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء ، وتأباه العدالة الجنائية ويناهض مقوماتها وقواعد إدارتها . وثانيهما ، أن هذا الافتراض لو صدق في شأن رئيس الحزب ، لكان مؤداه أن تقوم مسؤوليته الجنائية استقلالاً عن غيره ، ولخصائص ذاتية تكمن فيها محددة ملاحظها ، ولصار لازماً أن يراقب مادة النشر في كل جزئياتها ، متخلياً بذلك عن واجباته الحزبية بتناميها ، وقوامها أن يكون حزبه أعرض قاعدة ، وأكثر نفوذاً ، وأبعد تطوراً ، وأعمق فهماً لآمال أنصاره وطموحاتهم .

وأكدت المحكمة الدستورية العليا^(١) في صدد جريمة التجمهر المؤلف من خمسة أشخاص على الأقل المعاقب عليها بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩١٤ ، أن شرط تضامن المتجمهرين في المسؤولية التي تقع تنفيذاً للغرض من التجمهر هو ثبوت علمهم بهذا

= أحكام الدستورية العليا جـ ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ ، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .
 (١) دستورية عليا في ٢٩ إبريل سنة ١٩٨٩ في القضية رقم ١ لسنة ٩ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ٢٩ ص ٢٢٨ .

الغرض ، وأن تكون نية الاعتداء قد جمعتهم وظلت تصاحبهم حتى نفذوا غرضهم المذكور وأن تكون الجرائم التي ارتكبت قد وقعت نتيجة نشاط إجرامي من طبيعة واحدة ولم تكن جرائم استقل بها أحد المتجمهرين لحسابه دون أن يؤدي إليها السير العادي للأمر، وقد وقعت جميعها حال التجمهر، وأنه بذلك يكون المشرع قد جعل من توافر أركان جريمة التجمهر على الوجه المعروف به قانوناً أمراً يتحقق به صورة المساهمة في الجرائم التي يرتكبها أحد المتجمهرين جاعلاً معيار المسؤولية وتحمل العقوبة هو العلم بالغرض من التجمهر واتجاه الإرادة إلى تحقيق هذا الغرض ، وكل ذلك باعتبار أن الأصل في الشريك أنه شريك في الجريمة وليس شريكاً مع فاعلها يستمد صفته هذه من فعل الاشتراك ذاته المؤثم قانوناً .

وقد أكد المجلس الدستوري في فرنسا القيمة الدستورية لهذا المبدأ حين قضى بدستورية القانون الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٦ بشأن منع حوادث العمل . فبمقتضى هذا القانون يمكن تحميل صاحب العمل الغرامات والمصاريف القضائية المحكوم بها على تابعه - كلها أو بعضها - بسبب جريمة ارتكبتها هذا التابع بالمخالفة لقواعد الصحة أو الأمن أثناء العمل . فقد ثار البحث عما إذا كان إعفاء المتبوع من المسؤولية لكي تقع على صاحب العمل يعتبر مخالفاً لمبدأ شخصية المسؤولية؟

وقد أجاب المجلس الدستوري بانتفاء ذلك على أساس أن هذا الإعفاء محض رخصة للمحكمة تمارسها في ضوء ظروف الواقعة وظروف عمل المتبوع ، وأن المحكمة لا تقرر نقل المسؤولية على صاحب العمل بطريقة آلية ، وإنما تفعل ذلك إذا وجدت صاحب العمل قد ارتكب خطأ أو إهمالاً أو على الأقل أتى سلوكاً غير كاف^(١) .

2 Décembre 1976 .

(١)

وانظر في التعليق على هذا القرار

Favoreu; Grandes décisions du conseil constitutionnel, 8e édition, No.30,p.440

Favoreu; La constitutionnalisation du droit pénal, Mélanges Vitu, Edition cujas, 1989, p.192.

٢٠٣- السلطة التقديرية للمشرع في تحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم

يستقل المشرع من خلال ممارسة سلطته التقديرية في تحديد النشاط الإجرامى للمسئول عن الجريمة وأشكال هذا النشاط ، سواء كان النشاط إيجابيا أو سلبيا ، وسواء كان النشاط مكونا للركن المادى لجريمة مركبة ، أو متكررة ، أو من جرائم الاعتياد . ويستوى بهذا النشاط أن تكون الجريمة وقتية أو مستمرة . كما يستوى في تحديد مضمون هذا الفعل أن يقف عند البدء في تنفيذ الجريمة أو قبل ذلك (أى في مرحلة الشروع أو المحاولة) ، أو أن ينتهى إلى تمام الجريمة . ويستوى أيضا أن يشترط القانون لوقوع الجريمة توافر ضرر معين أو الوقوف عند مجرد الخطر .

ويمارس المشرع الجنائى سلطته التقديرية من خلال السياسة الجنائية التى يتبعها . والمشرع فى هذا الشأن يخضع لأحد مذهبين أساسيين أو كليهما :

(أولهما) : موضوعى أو مادى بحث يشترط أن يصل فعل الجانى إلى حد الاضطراب الاجتماعى أو الضرر المادى بالمصلحة سواء كانت شخصية أو عامة .

(ثانيهما) : شخصى ، ويتأثر بتعاليم المدرسة الوضعية التى تعتد بالخطورة الإجرامية ، وتكتفى بمجرد إعلان الشخص لإرادته الإجرامية بأعمال خارجية تهدد المصلحة المحمية بالخطر .

وقد أخذ المشرع الجنائى المصرى بالمذهبين معًا ، فأثر في بعض الأحوال اتباع المذهب المادى ، وتجلّى ذلك في الجرائم التى اشترط فيها وقوع ضرر معين من جراء فعل الجانى ، وتسمى بجرائم الضرر . وأثر في أحوال أخرى اتباع المذهب الشخصى ، وتجلّى ذلك في الجرائم التى اكتفى فيها بوقوع خطر يهدد المصلحة المحمية من جراء فعل الجانى ، واضعًا في اعتباره أن هذا الفعل في حد ذاته يعبر عن خطورة مرتكبه ، وتسمى بجرائم الخطر . وقد رأينا عند عرض الضمان السابق والمتمثل في اشتراط أن يكون المجرم قد ارتكب فعلا ماديا ، عدم الاكتفاء بتجريم حالته الخطرة المنبئة الصلة عن أفعاله المادية

التي يحاكم عنها . فالمشرع حين يمارس سلطته التقديرية في تحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم ، يفعل ذلك في دائرة الأعمال المادية الملموسة ويتعد عن الصيغ القانونية المصطنعة والتي تفترض في الحالة النفسية الخطرة ارتقاءها إلى مستوى الأفعال التي يمكن أن تكون محلا للتجريم .

ومن ناحية أخرى ، يتقيد المشرع في مباشرته سلطته التقديرية لتحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم بمبدأ المساواة أمام القانون . ويلتزم المشرع باحترام هذا المبدأ عند تقديره للضرورة الاجتماعية والتناسب كضابط لتحديد أساس التجريم والعقاب مع مراعاة أن الاختلاف في المعاملة لا يعنى بالضرورة الإخلال بمبدأ المساواة إذا كان هذا الاختلاف مبنيا على تفاوت المراكز القانونية ، أو مراعاة المصلحة العامة أو مراعاة قصد المشرع . ويعتبر إخلالا بهذا الضابط إهدار المساواة أمام القانون ، أو تحقيق عدم تناسب واضح بين الفعل محل التجريم والعقوبة المقررة له والتي تنعكس كذلك أحيانا في وصف الجريمة لما يشير إليه هذا التفاوت من إهدار لمبدأ المساواة ، سواء لعدم الاتفاق مع الهدف من القانون أو مع المصلحة العامة .

٢٠٤ - أهمية قيام علاقة السببية على مبدأ شخصية المسؤولية

لا تنفصل فكرة النشاط الإجرامى عن النتيجة ، فكلتاهما فكرتان متلازمان لا غنى لإحدهما عن الأخرى ؛ ومن ثم فإن الجريمة لا تقوم إلا إذا كانت النتيجة بناء على النشاط الإجرامى . ويحقق هذا التلازم القانونى بين النشاط الإجرامى والنتيجة رباطا ماديا بينهما لقيام الإسناد المادى للجريمة ، وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية . وننبه في هذا الشأن إلى رفض أية نظرية في علاقة السببية يمكن أن تؤدى إلى مساءلة الشخص عن نتيجة لم تترتب من الناحيتين المادية والمعنوية معاً على فعله . فالصلة المادية بين الفعل والنتيجة أمر تتطلبه فكرة الإسناد المادى . كما أن الصلة المعنوية بين الاثنين تتطلبه أيضاً الإرادة الواعية الحرة التى يجب توافرها في حق المجرم كشرط لانعقاد مسئوليته الشخصية . ومن ثم ، فإنه لا يكفى لانعقاد المسئولية - من الناحية

الدستورية - الأخذ بالمعيار المادى الذى تنادى به نظرية تعادل الأسباب^(١)، ولا الأخذ بالمعيار الشخصى البحت الذى تنادى به النظرية الشخصية أو الغائية والتى تعتبر الجانى مسئولا عن كل نتيجة يستهدفها نشاطه وتتجه إليها إرادته بغض النظر عن ترتيبها من الناحية المادية بسبب فعله^(٢).

ولعل أفضل النظريات التى تتفق مع شخصية المسئولية هى التى تجمع بين كل من العامل الموضوعى أو المادى والعامل النفسى فى إحداث النتيجة وقدرة الجانى من الناحية النفسية على التحكم فى هذه النتيجة، وأبرزها نظرية السببية الكافية. وقد استقر قضاء محكمة النقض على اعتناق معيار يجمع بين العاملين المادى والنفسى، فعرفت علاقة السببية بأنها علاقة مادية تبدأ بالفعل المتسبب وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله. إذا أتاه عمدا، أو خروجه فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه والتصور من أن يلحق عمله ضررا بالغير^(٣).

وباستقراء قضاء محكمة النقض يتضح أنها اعتمدت فى تحديد مدى توافر علاقة السببية فى الجرائم العمدية على العوامل المألوفة أى المتوقعة لدى الشخص المعتاد^(٤)، وهو بذاته جوهر نظرية السببية الكافية التى لا تساوى بين جميع العوامل المساهمة فى إحداث النتيجة، فلا تحمل المتهم غير مسئولية العوامل التى يتوقعها الشخص المعتاد، فهذه العوامل وحدها هى التى يجب عليه أن يتوقعها وقت مباشرة نشاطه الإجرامى. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأن المتهم يكون مسئولا جنائيا عن جميع النتائج

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٩٦ ص ٣٣١ وما بعدها.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٣٣٢ و ٣٣٣.

(٣) قضاء مستقر مثاله نقض ١٤ إبريل سنة ١٩٨٣، مجموعة الأحكام س ٣٤ رقم ١٠٨ ص ٥٤٤، ١٥ مايو سنة ١٩٨٦ س ٣٧ رقم ١٠٩ ص ٥٥٣.

(٤) وعبرت عن ذلك أحيانا بالنتيجة التى تتفق والسير العادى للأمور (نقض ١٩ يناير سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س ٤٤ رقم ١١ ص ١٠٨).

المحتمل حصولها من الإصابة التي أحدثها عن خطأ أو عمد، ولو كانت عن طريق غير مباشر بسبب التراخي في العلاج أو الإهمال فيه، ما لم يثبت أنه كان متعمدا لتجسيم المسئولية^(١)، أو صدر منه إهمال جسيم. وقد قضى بأنه إذا كان المجنى عليه قد قصر في حق نفسه تقصيرا جسيما بنومه على القضبان المعدة لسير القطارات عليها وكان ذلك لمخالفته للمألوف بل للمعقول مما لا يمكن أن يرد على بال أى سائق، وكان لا يوجد من واجب يقضى بأن يستمر السائق طوال سير القطار في إطلاق صفارته ولو لم يكن تحت بصره في الطريق أشخاص أو أشباح، فإن علاقة السببية لا تكون متوافرة^(٢).

ومع ذلك فيلاحظ أن محكمة النقض حاولت في بعض أحكامها القديمة إدخال فكرة القصد الجنائي في رابطة السببية، فقالت بأن المتهم يعتبر مسئولا جنائيا عن كافة النتائج التي ترتبت على فعله مأخوذا في ذلك بقصده الاحتمالي إذا كان عليه أن يتوقع كل هذه النتائج الجائزة الحصول^(٣). وهذا الاتجاه في ظاهره يربط بين فكرة السببية كعنصر في الركن المادى للجريمة والقصد الاحتمالي كصورة من صور الركن المعنوى، مما دفع البعض إلى القول بأن اشتراط محكمة النقض «استطاعة التوقع ووجوبه» في الجرائم العمدية موضعه الركن المعنوى للجريمة وليس علاقة السببية^(٤). ولكن يلاحظ أن اشتراط وجوب التوقع مستمد من معيار الشخص المعتاد الذى تأخذ به نظرية السببية الكافية، فإذا كانت العوامل المقترنة بنشاط الجانى متوقعة لدى الشخصى المعتاد اعتبرت من الأمور التى كان يجب على الجانى أن يتوقعها. هذا بالإضافة إلى أن الركن المعنوى في الجرائم العمدية لا يكتفى بمجرد وجوب التوقع، وإنما يشترط التوقع الفعلى للنتيجة مما يعنى أن محكمة النقض لم تقم جوهر الركن المعنوى في علاقة

(١) مثال ذلك نقض ٢٦ مارس سنة ١٩٧٩، مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ٧٩ ص ٣٨١، ٧ فبراير سنة ١٩٨٠ س ٣١ رقم ٤١ ص ٢٠٠.

(٢) انظر نقض ٢٣ إبريل سنة ١٩٣٠، مجموعة القواعد ج ص ٦ رقم ٥٦١ ص ٨٠٣.

(٣) نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨، مجموعة القواعد س ٤ رقم ١٥٨ ص ١٧٢.

(٤) محمود نجيب حسنى، يشرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ٣٤٢.

السببية^(١). وعلى هذا النحو استقر قضاء محكمة النقض على أن علاقة السببية في المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بالفعل الذى اقترفه الجانى وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاه عن عمد^(٢).

وواقع الأمر، أنه إذا كان الإسناد المادى للفعل عنصرا في شخصية المسئولية، وكان هذا الإسناد لا يمكن أن يفصل عن الإرادة الواعية التى كانت وراء الفعل، فإن علاقة السببية بطبيعة الحال تفترض توافر هذه الإرادة الواعية حتى يتحمل الجانى مسئوليته عن النتيجة المترتبة على فعله. وبالتالي، فإن علاقة السببية هى عن الفعل المادى الذى صدر عن إرادة حرة، لا عن مجرد هذا الفعل بعيدا عن تلك الإرادة، وإلا كان بحثها غير لازم قانونا إذا لم تكن هذه الإرادة قائمة وراء الفعل. فعلاقة السببية لا ينحصر مكانها في مجرد الركن المادى للجريمة، بل هى فوق ذلك شرط لانعقاد المسئولية الشخصية.

ويلاحظ أنه في الجرائم غير العمدية، استعارت محكمة النقض من الركن المعنوى جوهره وهو الخطأ غير العمدى، حين قالت بأن علاقة السببية تكون متوافرة بخروج

(١) يرى الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى (القسم العام طبعة سنة ١٩٦٢ المرجع السابق ص ٣٤٥) أن القضاء المصرى لم يأخذ بمعيار السببية الكافية بناء على أن هذه النظرية قد أخذت بمعيار موضوعى هو ما في النشاط الإجرامى من إمكانات لإحداث النتيجة، بينما أخذت محكمة النقض بمعيار شخصى هو استطاعة التوقيع ووجوبه. ولكن يلاحظ أن تقدير الإمكانات التى ينطوى عليها النشاط الإجرامى تتم على ضوء معيار الشخص المعتاد، وهو بذاته ما تأخذ به محكمة النقض للقول بمدى استطاعة التوقع ووجوبه. وفى هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى أن مدى خطورة الفعل تتحدد وفقا لأغلب أنصار نظرية السببية الكافية على ضوء العوامل المتاحة للشخص مثالى يعلم بها لو كان ذلك في غير استطاعة الجانى.

وقد سبق أن بينا مدى اختلاف أنصار النظرية في هذا الصدد، فمنهم من اهتمدى بعلم الجانى للشخص، ومنهم من أخذ بعين الاعتبار الشخص الواسع الذكاء، ومنهم من أخذ بمعيار الشخص المعتاد. وهذا الرأى الأخير هو الراجح في نظرنا.

(٢) نقض ٨ نوفمبر سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ١٩٤ ص ٣٨١، ٦ مارس سنة ١٩٧٨ س ٢٩ رقم ٤٣ ص ٢٣٥، ٢٦ مارس سنة ١٩٧٩ س ٣٠ رقم ٧٩ ص ٣٨١، ٧ فبراير سنة ١٩٨٠ س ٣١ رقم ٤١ ص ٢٠٠، ١٣ نوفمبر سنة ١٩٨٠ س ٣١ رقم ١٩٠، ٩٧٩ نقض ٤ فبراير ١٩٨٧ الطعن رقم ٤٧١٦ لسنة ٥٦ - غير منشور.

الجاني فيما يرتكبه بخطأه من دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه والتصون من أن يلحق عمله ضرراً بالغير. وهذا القول ينطوي على إدماج فكرة الخطأ غير العمدى في علاقة السببية، وهو مالا يتفق مع كونها عنصراً في الركن المادى، وشرطاً للمسئولية. إلا أن محكمة النقض اتجهت بعد ذلك إلى اعتناق نظرية تعادل الأسباب في تحديد علاقة السببية في الجرائم غير العمدية، فقالت بأنه يكفى لتوافر رابطة الأسباب في تحديد علاقة السببية في الجرائم غير العمدية، فقالت بأنه يكفى لتوافر رابطة السببية بين خطأ المتهم والضرر الواقع أن تستخلص المحكمة من واقع الدعوى أنه لولا الخطأ المرتكب لما وقع الضرر^(١). ثم قالت بأن رابطة السببية كركن من أركان جريمة القتل الخطأ تتطلب إسناد النتيجة إلى خطأ الجاني ومساءلته عنها طالما كانت تتفق والسير العادى للأمر^(٢). وواقع الأمر، أن تقدير ما يجب أن يتوقعه الجاني من النتائج المألوفة حساب يفترض ابتداء توافر الإرادة الواعية قبل أن يدخل في تقدير توافر الخطأ غير العمدى^(٣).

٢٠٥ - عدم دستورية المسؤولية عن فعل الغير

تعتبر الجريمة من فعل الغير بالنظر إلى الشخص الذى لم يساهم فيها بعمل مادى سواء باعتباره فاعلاً أو شريكاً، فهو بذلك غريب عن الجريمة المرتكبة. ومن المقرر عدم مسئولية هذا الغير عن المسئولية لعدم مساهمته في الجريمة بفعل مادى، بالمعنى

(١) نقض ٧ نوفمبر سنة ١٩٧٧، مجموعة الأحكام س ٢٨ رقم ١٩٢ ص ٩٢١، ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٨ س ٢٩ رقم ١٢ ص ٨٣٦، ١١ يناير سنة ١٩٧٩ س ٣٠ رقم ١١ ص ٧١ نقض ١٥ ديسمبر ١٩٨٢، مجموعة الأحكام س ٣٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٠٤.

(٢) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٦، مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ١٧٨ ص ٩٣٨.

(٣) ومن أمثلة ذلك أن محكمة النقض قضت بأن المتهم بالقتل العمد مسئول عن وفاة المجنى عليه التى لم تحدث إلا بعد علاج دام ثمانية وخمسين يوماً طالما أنه كان فى استطاعته ومن واجبه أن يتوقع هذه النتيجة (نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ الشرائع س ١ رقم ١٨٥ ص ١٧٦) وفى صدد القتل الخطأ قضى بأن المتهم يكون مسئولاً عن جميع النتائج المحتمل حصولها عن الإصابة التى أحدثها ولو كان عن طريق غير مباشر كالترأخي فى العلاج أو الإهمال ما لم يثبت أنه كان متعمداً ذلك لتجسيم المسئولية (نقض ٨ مارس سنة ١٩٦٥، مجموعة الأحكام ص ١٦ رقم ٤٦ ص ٢١٥).

السالف بيانه. ومع ذلك، فقد يعلم الغير بالجريمة التى تقع بغير مساهمته فيها، أو تتجه إرادته إلى وقوعها دون أن يساهم فى ذلك بأى فعل ماضى، وفى هذه الحالة لا يكفى ذلك لانهقاد مسئولية الغير عن الجريمة. إلا أن ذلك لا يخل بإمكان مساءلته عن جريمة خاصة إذا كان قد أسهم فيها بفعل ماضى، كما إذا امتنع عن فعل معين أوجبه القانون، أو امتنع عن التبليغ عن الجريمة. هذا مع ملاحظة أنه إذا كان الشخص قد أدخل بواجب قانونى امتنع عن مباشرته، وكان الامتناع عن أداء هذا الواجب قد أسهم فى حدوث النتيجة الإجرامية، فإنه لا يعتبر من الغير، ويمكن مساءلته عن الجريمة التى تمت بهذه النتيجة^(١).

وقد عرف التشريع الجنائى المصرى بعض الحالات التى تثير مشكلة المسئولية عن فعل الغير. مثال ذلك، المادة ٥٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين التى نصت على أن (يكون صاحب المحل مسئولاً مع مديره أو القائم على إدارته عن كل ما يقع فى المحل من مخالفات لأحكام هذا المرسوم بقانون، ويعاقب بالعقوبات المقررة لها. فإذا ثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة، اقتضت العقوبة على الغرامة المبينة فى المواد من ٥٠ إلى ٥٦ من هذا المرسوم بقانون. وتكون الشركات والجمعيات والهيئات مسئولة بالتضامن مع المحكوم عليه بقيمة الغرامة والمصاريف). وكذلك المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح التى نصت على أن (يكون صاحب المحل مسئولاً عن مديره أو القائم على إدارته على كل ما يقع فى المحل من مخالفات لأحكام هذا المرسوم بقانون ويعاقب بالعقوبات المقررة لها. فإذا ثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة، اقتضت العقوبة على الغرامة المبينة فى المادتين ٩ و ١٣). وكذلك نصت المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ فى شأن المحال العامة على أنه (يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسئولين معاً عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون)، وكذلك نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات على أنه (مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة، أو المحرر

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق بند ٢٢٦ ص ٣٤٤.

المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير بصفته فاعلا أصليا للجرائم التى ترتكب بواسطة صحيفته .

ومع ذلك يعفى من المسؤولية الجنائية :

(١) إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشره .

(٢) أو إذا أُرشد في أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة ، وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسؤوليته وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقيم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة أو لضرر جسيم آخر) . وكذلك أيضا مسؤولية رئيس الحزب طبقا للمادة ١٥ / ٢ من قانون الأحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ .

وإذا استقرأنا الحالات السابقة نجد أن صاحب المحل طبقا للمادة ٥٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين ، وطبقا للمادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح يعتبر مسئولاً عن كل ما يقع في المحل من مخالفات لأحكام كل من هذين المرسومين بقانون ، كما يسأل عنها كذلك مستغل المحل ومديره والمشرى على أعمال فيه في شأن المحال العامة طبقا للقانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ ، وتتقرر هذه المسؤولية عن كل ما يقع في المحل من جرائم بالمخالفة لأحكام أى من المرسومين بالقانونين المذكورين ، ولو لم يصدر منهم فعل مادي يسهم في ارتكاب أى من هذه الجرائم . وبالإضافة إلى ذلك ، فإن صاحب المحل يظل مسئولاً كذلك عن الجرائم التى تقع في المحل طبقا للمرسومين بقانونين سالفى الذكر ، ولو أثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة ، غير أنه في هذه الحالة الأخيرة يقتصر الحكم عليه بالغرامة^(١) .

وبالنسبة إلى مسؤولية رئيس التحرير ، فإنه طبقا للمادة ١٩٥ من قانون العقوبات

(١) قضت محكمة النقض أن مساءلة مستغل المحل ومديره والمشرى على أعمال فيه طبقا للمادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ هى مسؤولية أقامها المشرى واقتضى لها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها (نقض ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٩٣ ، مجموعة الأحكام س ٤٤ رقم ١٣٧ ص ٨٧٦) .

نجد أنه أيا كانت الأعدار التي يقدمها رئيس التحرير للتخلص من المسؤولية بإثبات انتفاء الإسناد المادى للجريمة إليه، وأن الجريمة تمت بغير علمه، فإنه يظل مسئولا كذلك عن الجرائم التي تضمنها المقال ولو كان النشر في الجريدة قد حصل دون تدخله، ما لم يثبت أمورا لا علاقة لها بالجريمة ذاتها، هي أن يقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر، أو الإرشاد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة وتقديم ما لديه من معلومات وأوراق لإثبات مسئوليته، وكذا لإثبات أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة أو لضرب جسيم آخر. ولا شك أنه في هذه الحالة لا تتوافر المسؤولية الشخصية لرئيس التحرير، لعدم اشتراط القانون صدور فعل مادى منه في الجريمة التي تقررت مسئوليته عنها. ولذلك فإنه ما أن عرضت المادة ١٩٥ من قانون العقوبات على المحكمة الدستورية العليا، حتى قضت المحكمة بعدم دستورتها^(١)، على أساس أنها تتناقض مع شخصية المسؤولية الجنائية التي تفترض ألا يكون الشخص مسئولا عن الجريمة، ولا أن تفرض عليه عقوبتها إلا باعتباره فاعلا لها أو شريكا فيها. وقد ردت المحكمة الدستورية العليا على مقولة أن النص المطعون فيه لا يقرر مسؤولية عن عمل الغير، بل يثير المسؤولية الشخصية لرئيس التحرير باعتباره مشرفا على النشر، مراقبا مجراه عملا بنص المادة ٥٤ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم الصحافة، وأن الوقائع التي تضمنها المقال والمعتبرة سببا أو قذفا في حق الآخرين، ما كان لها أن تتصل بالغير إلا إذا أذن رئيس التحرير بنشرها لتكتمل بالنشر الجريمة التي نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير، باعتبار أن ركنها المادى هو الامتناع عن مراقبة المقال، وأن ركنها المعنوى قد يكون هو العمد أو غير العمد؛ وقد أسست ردها على خمسة أسباب تتلخص في أن الجريمة العمدية تقتضى توافر القصد الجنائى بشأنها علما من الجنائى بعناصرها، ولا يكفى لوقوعها توافر مجرد الخطأ غير العمدى، وأن مسؤولية رئيس التحرير لا تستقيم مع افتراض القصد الجنائى، وأنه لا يتصور في جريدة تتعدد صفحاتها وتتزاحم مقالاتها وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطا بها جميعا ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بافتراض سوء نية من كتبها، ولا يجوز افتراض الخطأ في

(١) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧ تابع).

المسئولية الجنائية، وأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد أتى عملاً مكوناً لجريمة يكون به فاعلاً مع غيره، ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلاً للجريمة إلا من خلال أعمال باشرها تتصل بها وتعتبر تنفيذاً لها، ولئن جاز القول بأن العلانية في الجريمة التي تضمنها النص المطعون فيه، لا تتم إلا من خلال الأمر بنشر المقال المتضمن قذفاً وسباً في حق الآخرين، إلا أن مسؤولية رئيس التحرير جنائياً عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، «ومدخلها علماً يقينياً بأبعاد هذا المقال».

ورغم تأييدنا لكل الأسباب التي ساقتها المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن إلا أننا نلاحظ أن كل هذه الأسباب تنصرف إلى إنكار القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدى في حق رئيس التحرير؛ وكلها أسباب تنصرف إلى إنكار المسؤولية المفترضة التي تقوم على افتراض الركن المعنوي. أما المسؤولية عن فعل الغير والتي تحدث عنها المحكمة الدستورية العليا، فإنها تقوم على نسبة المسؤولية إلى شخص لم يسهم في ارتكابها بأى عمل مادي. ولا يكفي لانعقاد المسؤولية الشخصية افتراض الركن المادي أو افتراض الركن المعنوي، بل يجب أن يتوافر الركنان معاً يقيناً. على أنه في صدد مسؤولية رئيس التحرير طبقاً للمادة ١٩٥ عقوبات، تعتبر مسؤوليته عن فعل الغير بسبب عدم اشتراط هذه المادة صدور فعل مادي منه إسهاماً منه في الجريمة. وومع ذلك تعتبر مسؤوليته مفترضة إذا توافر هذا الفعل المادي في شأنه (وهو الإذن بالنشر)، لأن نص المادة ١٩٥ عقوبات افترض توافر القصد الجنائي في حقه افتراضاً. وبناء على ما تقدم، إذا نظرنا إلى مسؤولية رئيس التحرير وفقاً للمادة ١٩٥ عقوبات المقضى بعدم دستوريته، نجد أنه قد شابها عوار دستوري من حيث تقرير كل من المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية المفترضة في آن واحد. فقد أقامت هذه المادة قرينة قانونية على افتراض القصد الجنائي في حق رئيس التحرير عن جريمة لا تقع إلا عمداً، إخلالاً بأصل البراءة. ويرجع عدم دستورية المسؤولية المفترضة (القائمة على افتراض ثبوت الركن المعنوي) إلى تأسيس المسؤولية بناء على مجرد ارتكاب الفعل المادي، استناداً إلى قرينة قانونية بثبوت القصد الجنائي (أو الخطأ غير العمدى) خلافاً لأصل البراءة. هذا فضلاً عن أن افتراض الركن المعنوي في الجريمة يكشف عن عدم توافر الضرورة والتناسب في التجريم والتناسب كما سنبين فيما بعد.

وقد سبق أن بينا بشأن مسئولية رئيس الحزب عما ينشر في جريدة الحزب أن المحكمة الدستورية العليا قد لاحظت - بحق - أنه ألحق مسئولية رئيس الحزب بمسئولية رئيس التحرير وأضافها إليه لتتبعها ثبوتاً ونفياً، دون أن تقوم على أعمال محددة فصلها المشرع ناهياً رئيس الحزب عن إتيانها بها لا غموض فيه، وأن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها بناء على افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء .

وطبقاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا أقل نجم المسئولية عن فعل الغير التي استخدمها المشرع في بعض التشريعات، والتي سمتها محكمة النقض بأنها مسئولية مفترضة^(١).

وفي فرنسا، ظهرت المسئولية عن فعل الغير صراحة في بعض التشريعات وذلك في بعض الجرائم الاقتصادية، وفي الجرائم التي تقع بالمخالفة لقانون العمل، أو بالمخالفة لقانون الضمان الاجتماعي^(٢). وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المسئولية الجنائية يمكن أن تنشأ عن فعل الغير في حالات استثنائية حين تفرض بعض الالتزامات القانونية واجب القيام بعمل مباشر على الوقائع التي تصدر عن تابعه، مثل واجب مدير المشروع في التحقق أثناء العمل من مراعاة اللوائح المفروضة لتحقيق المصلحة العامة^(٣). كما نصت المادة ٤٢ من القانون الصادر في ٢٩ يولية سنة ١٨٨١ بشأن الصحافة على أنه يعتبر فاعلين أصليين في الجرائم التي تقع بواسطة الصحافة مديرو النشر أو التحرير مهما كانت مهنهم أو مسمياتهم؛ والمشترون في إدارة النشر (في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة السادسة)، فإذا لم يوجد هؤلاء يعتبر

(١) انظر نقض ٥ مارس سنة ١٩٣٤، مجموعة القواعد جـ ٣ رقم ٢١٥ ص ٢٤٧، نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤، مجموعة الأحكام س ١٥ ص ٦٨٧، ٢٣ يولية سنة ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٥٦٧. ويلاحظ أن محكمة النقض قد أجازت هذه المسئولية على أساس أنها مسئولية خاصة أفرد لها المشرع تنظيمها استثنائياً على خلاف القواعد العامة تغياً به تسهيل الإثبات في جرائم النشر، مما لازمه امتناع التوسع في هذا الاستثناء أو القياس عليه، ورتبت على ذلك عدم مسئولية رئيس مجلس إدارة الجريدة ونائبه لأنها ليسا من الأشخاص الذين حددتهم المادة ١٩٥ عقوبات سالفه الذكر (نقض جنائي في ٢٢ مارس سنة ١٩٨٤ في الطعن رقم ٥٩٤٢ لسنة ٥٣ قضائية).

(٢) انظر: Stefani, Levasseur et Boulloc, Droit pénal général, édition, Dalloz, 1994, No.353, 354, pp.276, 277.

(٣) Crim. 28 Fév 1956, J.C.P. 1956 - II - 9304.
Crim. 2 Mars 1958, Gaz. Pal, 1958 - II - 815.

المؤلفون فاعلين أصليين ؛ وعند عدم وجودهم ، يسأل الطابعون ؛ وعند عدم وجودهم يسأل البائعون والموزعون ولاصقوا الإعلانات . وقد سميت بـ «المسؤولية التتابعية» "en cascade" لأنها تنعقد على أشخاص مختلفين ممن ساهموا في النشر، وذلك بالتتابع بحيث يعاقب أحدهم إذا أفلت من سبقة في التتابع من المسؤولية بسبب عدم وجوده . وهى مسؤولية متقدمة ، لأن طبيعة المسؤولية الجنائية لا تتغير إلا وفقا لماهية وطبيعة الفعل الذى أتاه الجاني لا وفقا لوجود أو غياب أشخاص ساهموا في هذا الفعل^(١) . وقد حاول جانب من الفقه تأسيس المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير وفقا للقواعد العامة ، فأسسها البعض على نظرية الفاعل المعنوى ، وأسسها البعض الآخر على نظرية الخطأ المفترض ، بينما أسسها فريق ثالث على الخطأ الشخصى ، وأسسها البعض الآخر على القصد الجنائى المفترض . ولم تنج هذه النظريات من النقد ، فافترض الخطأ غير العمدى أو القصد الجنائى يقوم على قرينة تتنافى مع أصل البراءة فى المتهم . كما أن نظرية الفاعل المعنوى تعجز عن تقديم حل لهذه المسؤولية . وكذلك ، فإن اشتراط الخطأ الشخصى فى حق رئيس التحرير سوف يؤدى إلى تحميله المسؤولية عن جريمة مستقلة عن الجرائم التى تقع بواسطة النشر باعتبار أنها جرائم عمدية بطبيعتها^(٢) .

وقد جاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد فنص فى المادة ١٢١ / ١ على أنه (لا يسأل الشخص جنائيا إلا عن فعله الشخصى) . ويقرر هذا المبدأ انتهاء نظرية المسؤولية عن فعل الغير ووضعها فى محفوظات التاريخ^(٣) .

Tarek Sorour, La responsabilité pénale en matière de presse, Thèse de doctorat, 1995, (٢) Université pantheon - Assas Paris II, No.303, p.226.

Tarek Sorour, op. cit., No.525 - 565, pp.386-415.

No. 568 - 600, pp.419-446.

(٣) انظر:

وانظر:

(١) انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة ، الاتهامات الحديثة فى قانون العقوبات الفرنسى الجديد ، طبعة

١٩٩٧ ص ٣٨ .

المطلب الثاني الإرادة الأئمة

٢٠٦ - ماهيتها

لا يكفي لتوافر التجريم أن ينصب على فعل - أو امتناع معين - ما لم يكن هذا الفعل وليد إرادة حرة تبعث هذا الفعل إلى الوجود . وتفترض الإرادة الحرة أن تكون وليدة أهلية جنائية يعترف بها القانون وهي الإدراك أو التمييز، وتعتبر هذه الأهلية عن قدرة صاحبها على توجيه إرادته إلى ما يخالف قانون العقوبات^(١).

واشترط هذه الإرادة الحرة يعتبر ضمانا مهما لحماية الحقوق والحريات في مواجهة سلطة التجريم والعقاب . فهي الرباط الحيوي بين الفعل المادي وعقل صاحبه^(٢). فالفعل المادي يجب أن يريده صاحبه . وقد ثار الخلاف عما إذا كانت الإرادة الحرة تعتبر جزءا من الركن المادي أو جزءا من الركن المعنوي ، فهي المحرك للفعل المادي ، وبدونها لا يقوم الركن المعنوي (الإثم الجنائي متمثلا في القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدى)^(٣). والصحيح أن الإرادة الحرة شرط للمسئولية الجنائية عن الجريمة ، التي يكفي لوقوعها توافر الركنين المادي والمعنوي .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن الأصل في الجرائم ، أنها تعكس تكويننا مركبا من الفعل المادي والإرادة الحرة ، وذلك باعتبار أن هذه الإرادة هي التي تتطلبها الأمم المتحضرة في مناهجها في مجال التجريم بوصفها ركنا في الجريمة ، وأصلا

(١) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، طبعة ١٩٩٦ ، ص ٣٤٥ وما بعدها .

(٢) وقد عبر عن ذلك بالقول :

"A vital link between mind and body". (Smith and Hogan, Criminal law, fifth edition, London, Butterworths, 1983, p.37).

Smith and Hogan, Criminal law, pp. 35 - 37.

(٣)

ثابتا كامنا في طبيعتها ، وليس أمرا دخيلا مقحما عليها أو غريبا عن خصائصها ، بل أمر ثابت . وكأصل عام ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قائما على الاختيار الحر^(١).

ويستخلص هذا الضمان مباشرة من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في المادة ٦٦ / ٢ من الدستور . فعندما يحظر المشرع الدستوري العقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون ، فإنه يعنى بالضرورة إعطاء الفرصة للأفراد في أن يحيطوا علما بالتجريم والعقاب قبل الإقدام على ارتكاب الفعل محل التجريم ، وهو ما يفترض اعتداد المشرع الدستوري بالإرادة الواعية التي على أساسها يضع القواعد التي تكفل علم المخاطبين بالقانون الجنائي . فما فائدة هذا العلم ، إذا لم تكن الإرادة الواعية عنصرا لازما في تكوين الجريمة . ومن ناحية أخرى ، فقد نصت المادة ٦٦ / ١ من الدستور على أن العقوبة شخصية . ولا تتحقق شخصية العقوبة ما لم تتحقق شخصية المسؤولية التي تتركز ضمن ما تتركز على مبدأ الإرادة الحرة لمن تنعقد مسئوليته . وهذا ما استظهرته المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن الشخص لا يزر غير سوء عمله ، وأن جريرة الجريمة لا يؤاخذ بها إلا جناتها ، ولا ينال عقابها إلا من قارفها ، وأن «شخصية العقوبة» ، و«تناسبها مع الجريمة محلها» مرتبطان بمن يعد قانونا «مسئولا عن ارتكابها» ، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة - التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ - شخصية المسؤولية الجنائية ، بما يؤكد تلازمهما^(٢).

وواضح مما تقدم ، أن المحكمة الدستورية العليا اعتبرت الإرادة الحرة شرطا لشخصية المسؤولية الجنائية ، بينما اعتبرت هذه الإرادة ركنا في الجريمة ، بينما يتعين الفصل بين الجريمة بركنيها المادى والمعنوى والمسؤولية الجنائية^(٣) . ومناطق شخصية المسؤولية يتوقف على كل من الفعل المادى والإرادة الحرة لصاحبها .

ويلاحظ تطبيقا لاعتداد المشرع الدستوري بالإرادة الحرة ، بغض النظر عن حمايته

(١) دستورية عليا في ٣ يولية سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٥ سنة ١٦ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ ، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .

(٢) دستورية عليا في ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ ، القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة ج٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .

(٣) دستورية عليا في ٣ يولية سنة ١٩٩٥ ، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ السالف الإشارة إليها .

للحرية الشخصية (المادة ٤١ / ١)، نجد أنه قد نص على إهدار أى قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شيء من الإيذاء البدنى أو المعنوى، وعدم التعويل عليه (المادة ٤٢ / ٢)، وهو ما ينبع عن احترام الإرادة الحرة. وكذلك الشأن فى المادة ٤٣ من الدستور التى حظرت إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه.

٢٠٧-أساس حرية الإرادة الآتمة

نلاحظ على قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر أنها قد حددت معنى حرية الإرادة فى حرية الاختيار بين الخير والشر. لتنحل الجريمة - فى معناها الحق - إلى علاقة ما بين العقوبة التى تفرضها الدولة بتشريعاتها، والإرادة التى تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التى يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها، بديلا عن الانتقام والثأر المحض. وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن تحديد مضمون الإرادة وقوفا على ماهيتها، وإن جاز القول بأنه مازال أمرا عسيرا، إلا أن معناها يدور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجانحة أو النوازع الشريرة المدبرة أو تلك التى يكون الخداع قوامها أو التى تتمحض عن علم بالتأثيم، مقترنا بقصد اقتحام حدوده لتدل جميعها على إرادة إتيان فعل بغيا^(١). وهذا الذى قالت له المحكمة الدستورية العليا فى شرح مضمون الإرادة، يعتبر من قبيل التفسير التوجيهى، الذى يرشد السلطة المختصة بتطبيق نصوص القانون، فهو لا يهدف إلى تحديد النطاق القاعدى للنص المطعون عليه. فاشتراط الإرادة الحرة لوقوع الجريمة هو الذى يحدد هذا النطاق، أما تحديد معناها أو مضمونها فهو من قبيل توجيه السلطة المختصة بتطبيق هذا النص على سبيل الاستنارة، مع إعطائها سلطة تقديرية فى إقرار ما تراه^(٢).

ونحن لا نتفق مع هذا التفسير التوجيهى فى نقطتين؛ الأولى أن حرية الاختيار بين الخير والشر هى أحد المعايير التى قيل بها فى تحديد الأهلية الجنائية Criminal

(١) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ فى ٢٧ من يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٩، ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ٢ من يولية سنة ١٩٩٥، المجموعة السابقة ج٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥.

(٢) انظر ما تقدم فى الجزء الأول من هذا الكتاب بشأن وسائل تفسير النصوص التشريعية التى تلجأ إليها المحكمة الدستورية العليا.

"capacity" والتي تعتمد على توافر الإدراك والتمييز. وينعدم الإدراك بفقد العقل (الذي يفقد الإدراك)، وينعدم التمييز بصغر السن (الذي يفقد التمييز)^(١). وقد نال هذا البحث اهتمام القضاء الأنجلوسكسوني، فقبل بأن الإنسان يفقد حريته في الاختيار إذا كان غير قادر على التمييز بين الخير والشر^(٢)، وقيل بأن الإنسان لا تتوفر لديه حرية الاختيار إذا فقد فهمه وذاكرته وعجز عن معرفة ماذا يفعل أكثر مما يعرفه الصغير أو الوحش الكاسر^(٣). ولكن هذين المعيارين لم يستقر عليهما القضاء. وقيل بأن حرية الاختيار تتوافر إذا كان صاحبها قادرا على التمييز بين الخطأ والصواب الذي يتطلب في الشخص أن يعرف طبيعة وصفة الفعل الذي يرتكبه، فإذا كان عالما به، فإنه يجب أن يثبت لتوافر حرية الاختيار أنه كان يعرف أن من قام به يعتبر فعلا خاطئا^(٤). إلا أن هذا المعيار الأخير بعد أن أخذ به جانب من القضاء الأمريكي عدل عنه بسبب اختلاف المحاكم في تحديد مدلول الفعل الخاطئ. وذهب رأي آخر^(٥) إلى أن حرية الاختيار تتوافر إذا لم يكن لدى الشخص دافع نحو الجريمة يعجز عن مقاومته، فإذا فقد الشخص تماما السيطرة على سلوكه لا يمكن توجيه اللوم إليه. ويلاحظ أن جميع هذه المعايير تنصرف إلى قدرة الشخص على الإدراك، وهو شرط مفترض سابق على حرية الاختيار، فالإرادة الحرة تفترض أن تتوافر لدى صاحبها القدرة على توجيه إرادته إلى عمل أو امتناع معين، وما لم تتوافر لديه هذه القدرة عجز عن توجيه إرادته إلى الوجهة التي يراها. والأمر متروك لتقدير محكمة الموضوع.

ومن ثم، فلا يجوز الخلط بين حرية الاختيار؛ والإدراك الذي يعطى لصاحبه القدرة على ممارسة هذه الحرية وهو ما يدخل في عناصر الأهلية الجنائية كشرط مفترض وأساسي لقيام المسئولية الجنائية^(٦).

(١) انظر: Glanville Williams, Text book of criminal law, London, Stevens and sons, 1978, pp. 587 - 598.

(٢) Jerome Michael, مشارا إليه في: The Good and Evil test (٢)

Criminal law, and its administration Chicago, 1940, p.809.

(٣) مشار إليه في: "The wild beast test", Jerome Michael, op. cit., p.809.

(٤) "The Right and Wrong test", Mc Naghaten case, House of lords 1843, Jerome Michael (٤) op. cit., p. 810. Glanville Williams, p.591.

(٥) "The irrististible impulse test"; Jerome Michael, op. cit., p.821.

(٦) انظر مؤلفنا، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ٤٩٣ و ٤٩٧ و ٤٩٨.

أما النقطة الثانية التي نلاحظها على التفسير التوجيهي للمحكمة الدستورية العليا فينصرف إلى ما عبرت عنه هذه المحكمة من أن معنى الإرادة ينصرف إلى النوايا الإجرامية أو الجانحة أو النوازع الشريرة أو تلك التي يكون الخداع قوامها، أو التي تتمحض عن علم بالتأثير مقتربا بقصد اقتحام حدوده. فهذا القول يخلط بين مطلق الإرادة الحرة، وبين الميول الإجرامية التي يؤخذ بها في الاعتبار عند تحديد الخطورة (وهو ما عبرت عنها المحكمة بالنوازع الشريرة)، وبين القصد الجنائي (وهو ما عبرت عنه المحكمة بالنوايا الإجرامية أو الجانحة أو التي تتمحض عن علم بالتأثير مقتربا بقصد اقتحام حدوده). ولاشك أن كلا من هذه المعاني له منطقتان قانونية؛ فالإرادة الحرة هي مناط شخصية المسؤولية في جميع الجرائم عمدية وغير عمدية؛ والخطورة الإجرامية المعبر عنها بالميل الإجرامية هي مناط تفريد العقوبة مع غيرها من المعايير؛ والقصد الجنائي المعبر عنه بصيغ شتى هو الركن المعنوي في الجرائم العمدية "mens rea".

وقد ثار البحث عن مدى مسؤولية المتهم في حالة السكر الاختياري الذي يؤدي إلى فقد الإرادة الحرة. ولاشك أن هذا الفقد من شأنه أن يؤدي إلى انعدام المسؤولية تبعا لانعدام الإدراك، إلا أن خطورة فعل الجاني بإقدامه على السكر الاختياري أدى إلى محاولة تقرير نوع من المسؤولية الجنائية على السكر باختباره. فتشعبت الاتجاهات في هذا الصدد بين اتجاه ينادي بالمسؤولية غير العمدية، واتجاه ينادي بالمسؤولية العمدية بناء على القصد الاحتمالي^(١)، واتجاه ينادي بالمسؤولية العمدية بعد استبعاد القصد الخاص وقد أخذت محكمة النقض بهذا الاتجاه الأخير^(٢)، والذي يتفق مع القضاء الإنجليزي والأمريكي^(٣).

وفي رأينا أن شخصية المسؤولية الجنائية، تتأبى قيام المسؤولية على شخص لا يتوافر لديه الإدراك؛ لأن حرية الاختيار تتطلب الإدراك. ولا يمكن أن يكون فعل السكر الاختياري مبررا لافتراض المسؤولية عن جريمة لم يدرك فعلها ولم يرده باختباره الواعي. ونرى أن المسؤولية الجنائية عن الجريمة التي تقع تحت تأثير السكر الاختياري، يجب أن تكون عن جريمة مستقلة بذاتها لا عن ذات الجريمة التي قارفها تحت تأثير السكر الاختياري الذي أعدم إدراكه وحرية في الاختيار. وهذا الرأي يتفق مع ما قضت به

(١) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦ ص ٥٠٤ وما بعدها.

(٢) قضاء مستقر منا له نقض ١٣ أكتوبر سنة ١٩٨٣، مجموعة الأحكام س ٣٤ ص ٨٢٩.

(٣) انظر: Smith and Hogan, Criminal law, p.36.

المحكمة الدستورية الإيطالية بتاريخ ١٦ إبريل سنة ١٩٩٨ بعدم دستورية المادتين ٩٤ و ٩٥ عقوبات إيطالي التين تقرران مسؤولية المدمنين على السكر أو تناول المخدرات عن بعض الأعمال غير المشروعة ، على أساس أنه من الضروري أن يتوافر لديهم اختلال في التوازن الكيميائي الحيوي biochimique الذى يحدد الحالة النفسية الباثولوجية للمتهم ويؤدى إلى اختلال حركته العقلية وسير إرادته ، الأمر الذى لا يجوز معه اعتبار المدمنين على السكر أو المخدرات مسئولين عن أفعالهم . وقد تعرض هذا الحكم لنقد شديد من الفقه الإيطالي استنادا إلى اعتماده على معلومات وصفت بأنها خاطئة عمن يقع تحت تأثير المخدر ووصفه شخصا مسلوب الإرادة ، والقول بأن هذا الحكم يعتبر بمثابة رخصة بالقتل تعطى للسكرانى والمدمنين . إلا أنه رد على ذلك بأن هذه الانتقادات لا سند لها ، لأن هذا الحكم أكد قاعدة محددة لا تعتبر في حد ذاتها غير معقولة ، وأن المحكمة شقت طريقها بشجاعة ، وأن المستقبل وحده - والعلم كذلك - سوف يحدد ما إذا كان هذا الطريق صحيحا أم لا^(١).

٢٠٨ - اشتراط الإثم في الإرادة الحرة لقيام الجريمة

باستقراء سياسة التجريم في المجتمعات القديمة يتضح أن التجريم كان ينصرف إلى مجرد الفعل المادى (أو الامتناع) ، وأن الإسناد المادى للسلوك كان كافيا وحده لانعقاد المسؤولية ، وهو ما يعرف باسم المسؤولية المادية أو المفترضة . وجاء القانون الرومانى فاهتم بدور الإرادة الأثمة المشوبة بالعمد أو الخطأ في قيام الجريمة واعتبارها ركنا لا غنى عنه . وخلافا لذلك ، فقد اهتم القانون الجرمانى بالنتائج الضارة للسلوك دون عبء بإثم الجانى ، وانصرف التجريم إلى مجرد السلوك المادى ، حتى قيل بأن العمل هو الذى يحاكم الإنسان .

أما القانون الكنسى ، فقد اهتم بفكرة الخطأ فأصبحت الإرادة الأثمة شرطا لاغنى عنه في الجريمة . وسار على ذلك القانون الفرنسى قديما وحديثا وغيره من التشريعات الحديثة^(٢) . ويهمنى في هذا المجال تحديد وضع الإرادة الحرة المقترنة بالإثم الجنائى (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى) . في سياسة التجريم .

وقد اتجه أنصار النظرية الموضوعية في التجريم والتي تنظر إلى الجريمة بوصفها مجرد

Annuaire International de justice constitutionnelle, 1998, pp. 870, 871.

(١) انظر:

Mecadel, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1967, pp.57.

(٢)

واقعة إجرامية أو فعلا ماديا خالصا، إلى عدم إنكار دور الإرادة الحرة، فذهب البعض إلى أنه رغم التعريف المادى للجريمة، فإنه لابد من توافر المسؤولية الشخصية للجانى بوصفها فكرة مستقلة عن الجريمة لأنها لا تتعلق بالواقعة، وإنما تمس المجرم الذى ارتكبها والذى سيتحمل نتائجها العقابية^(١). ويكون ذلك بتأسيس المسؤولية على أسس موضوعية بحتة^(٢).

ونادى البعض الآخر، وهو الفقيه الألمانى فلتسل بما يسمى بالنظرية الغائية^(٣)، ومقتضاها أن كل سلوك إنسانى لا ينظر إليه بوصفه مجرد واقعة ذات سببية لنتيجة معينة، وإنما باعتباره نشاطا يهدف إلى غاية معينة، فهو إذن غائى، أى ينطوى على غاية فى ذهن صاحبه، وأنه لا يمكن لأحد أن يعالج علاقة السببية بعيدا عن هذه الغاية. وطبقا لهذه النظرية استغنى فلتسل عن الركن المعنوى للجريمة، لأن النشاط الإجرامى فى نظره لا يمكن فصله عن مضمونه الغائى، مما يبنى عليه عدم إمكان فصل القصد الجنائى فى الجرائم العمدية عن السلوك الصادر من الجانى لأنه هو الذى يوجه إرادته ويحدد غايته ويعطيه معناه. كما لا ينفصل هذا السلوك فى الجرائم عن الخطأ غير العمدى، لأن الصفة الغائية لإرادة السلوك فى هذا النوع من الجرائم تتكون من إمكان توقع النتائج الممكن حدوثها عنه، وقدرته على تجنبها. وهكذا يتضح أن هذه النظرية قد أدمجت الإثم الجنائى فى الركن المادى فخلطت بين الركنين المعنوى والمادى.

وذهب رأى إلى أن الإرادة الأئمة تلعب دورا سلبيا فى التجريم، فالجريمة تقع بمجرد الفعل الذى يعاقب عليه القانون، ولكن الجانى يستطيع أن ينفى المسؤولية بتقديم عذر معين يوضح الظروف الذهنية التى اقترفت فيها الفعل. وهذا العذر إما أن يؤدى إلى اعتبار جريمته غير عمدية، أو اعتباره غير مسئول عنها، وذلك طبقا لطبيعة هذا العذر، ويتوافر القصد الجنائى عند الجانى إذا عجز عن تقديم أى نوع من

Merle et Vitu, Traité, p.260.

(١)

(٢) انظر الدكتور أحمد عوض بلال، المذهب الموضوعى وتقلص الركن المعنوى للجريمة، سنة ١٩٨٨ ص ٦٣ وما بعدها.

(٣) انظر:

Maeller, Causing criminal harm, Essays in criminal science, London, 1961, pp.200 - 205.

مأمون سلامة، النظرية الغائية للسلوك، المجلة الجنائية القومية سنة ١٩٦٩ العدد الأول، ص ١٢٩ وما بعدها.

الأعذار. ووفقا لهذا الرأي، تتوافر قرينة القصد الجنائي في حق الجنائي بمجرد ارتكابه السلوك الإجرامي^(١). وهذا الرأي فضلا عن خطئه حين أقام القصد بناء على مجرد الافتراض وقع في خطأ آخر حين توهم أن الخطأ غير العمدى يتوافر بمجرد نفى القصد الجنائي، وذلك لأن هذا الخطأ له مظهر إيجابي وهو الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد.

أما عن النظرية الشخصية في التجريم، فقد أنكرت السياسة الجنائية الوضعية الإرادة الحرة بإنكارها أهمية العمل المادى المكون للجريمة واعتمد التجريم بذلك على خطورة المجرم.

والواقع من الأمر، أن دور الإرادة الآثمة في التجريم يتوقف على وظيفة قانون العقوبات، فهل هذا القانون أراد مجرد إصلاح أضرار معينة أو أراد تأكيد شرعية بعض التصرفات، أم أنه يقوم بدور اجتماعى تربوى يهدف إلى حمل الناس على الالتزام بأنواع معينة من السلوك، ومنعهم من مخالفتها؟

إن هذا المعنى الأخير، هو الذى يستهدفه قانون العقوبات من خلال التجريم. والإرادة الآثمة للجنائي ليست إلا تعبيرا عن اتجاهه نحو الحد من الانحراف عن السلوك الذى يتطلبه القانون من الأفراد، وليس مجرد عملية نفسية بحثة بعيدة عن السلوك المادى. فالاتجاه نحو ارتكاب الجريمة يتضمن حتما توافر الإرادة والتقدير والقرار من جانب المجرم. وتوافر هذا الاتجاه يخضع إلى درجة كبيرة لظروف وحالة المجرم في مجتمع معين. وبناء على ذلك، فإن الإرادة الآثمة في فعل معين لا تعنى إرادة شخص منعزل عن المجتمع، وإنما هى إرادة شخص عضو في المجتمع أى أنها تتحدد بالنظر إلى المجتمع أيضا لا بالنظر إلى مجرد علاقتها بشخص صاحبها، ولذلك فإن تجريم الفعل الماس بالمصلحة الاجتماعية يجب ألا يغفل في الوقت ذاته عن درجة الإثم في إرادة الجنائي في ارتكاب هذا الفعل "Mens rea"؛ لأن هذه الإرادة تفصح أيضا عن انحراف صاحبها عن مقتضيات الحياة الاجتماعية ولا تعكس مجرد شعور ذاتى داخل النفس.

وتحدد سياسة التجريم مدى دور الإرادة الآثمة في التجريم. وقد تتأثر في ذلك

Packer; Herbert; The limits of the criminal sanction, Stanford University press, 1968, (١) pp.104.

بطبيعة الجرائم المستحدثة التي يصطنعها المشرع لمواجهة ظروف طارئة، فتعتمد إلى عدم اشتراط القصد الجنائي والاكتفاء بمجرد الخطأ غير العمدى. وتسيطر على المشرع في هذا الصدد اعتبارات تنظيمية معينة فتدفعه إلى التزامات أكثر شدة ودقة تتفق مع واجبات الشخص البالغ الحذر مما يقتضى فرض مزيد من الانتباه على المواطنين^(١).

وفي هذا الصدد، أكدت المحكمة الدستورية العليا^(٢) - بحق - أن الأصل في الجرائم العمدية جميعها أنها تعكس تكويننا مركبا باعتبار أن قوامها تزامنا بين يد اتصال الإثم بعملها، وعقل واع خالطها، ليهيمن عليها ويكون محددا لخطاها، متوجها إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، فلا يكون القصد الجنائي إلا ركنا معنويا في الجريمة مكملا لركنها المادى، ومتلائما مع الشخصية الفردية في ملاحظها وتوجهاتها، وأن هذه الإرادة الواعية هى التى تتطلبها الأمم المتحضرة في مجال التجريم بوصفها ركنا في الجريمة، وأصلا ثابتا كامنا في طبيعتها، وليس أمرا فجأ أو دخيلا مقحما عليها أو غريبا عن خصائصها، لتتحل الجريمة - في معناها الحق - إلى علاقة ما بين العقوبة التى فرضها المشرع، والإرادة التى تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التى يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها بديلا عن الانتقام والثأر من صاحبها وغدا أمرا ثابتا - وكأصل عام - ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قائما على الاختيار الحر، ومن ثم مقصودا. واستطردت المحكمة الدستورية العليا قائلة بأنه إذا لم يقصد الجانى إحداث النتيجة الإجرامية، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحول لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التى تكونها، وهى عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولا عن نتائجها إذا انفك اتصالها بالأفعال التى أتاها.

ويلاحظ أن المشرع كثيرا ما يلجأ إلى افتراض الركن المعنوى في ضوء حيازة المتهم لأشياء معينة، أو في ضوء وضعه المهنى. وقد رأينا موقف المشرع المصرى في بعض التشريعات حين افترض العلم بالغش لدى المشتغلين بالتجارة (القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١)، وافترض العلم بالتهريب من مجرد حيازة بضائع بقصد الاتجار إذا لم يقدم

Mercadal, op. cit., Rev. Sc. Crim. 1967, p.47.

(١)

(٢) دستورية عليا في أول فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، سالف الإشارة إليه.

الحائز لها المستندات الدالة على سداد الضرائب . (المادة ١٢١ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣) . هذا الموقف الذى واجهته المحكمة الدستورية العليا حين قضت بعدم دستورية ما أقامه المشرع من قرائن تضع هذا الافتراض^(١) . ورأينا أيضا موقع المشرع المصرى حين افترض الركن المعنوى فى حق رئيس التحرير (المادة ١٩٥ عقوبات)، وهو ما قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته^(٢) .

وننبه إلى أن اشتراط الإثم (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى) فى الإرادة الحرة مما يدخل فى تكوين الجريمة تحت مسمى الركن المعنوى للجريمة . فإذا اقتصر القانون على اشتراط الركن المادى دون الركن المعنوى ، اعتبر مخالفا للدستور لقيام التجريم على غير ضرورة وتناسب . فإنكار الركن المعنوى فى الجريمة لا يتفق مع الضرورة الاجتماعية ويكشف عن عدم تناسب ظاهر مع العقوبة المقررة للفعل . أما إذا تطلب القانون توافر الركن المعنوى ثم أقام قرينة على توافره ، تنعقد مسئولية مفترضة لا تتفق مع مبدأ شخصية المسئولية ، فضلا عن تعارضها مع أصل البراءة .

وفى ضوء ما تقدم ، لا يجوز الخلط بين المسئولية عن فعل الغير والمسئولية المفترضة ، فالأولى تنصب على مساءلة الغير عن جريمة لم يسهم فى ركنها المادى . والثانية تنصب على مساءلة الغير عن جريمة لم يسهم فى ركنها المعنوى ، بل يفترض فى حقه توافر هذا الركن افتراضا . وهو ما سبق أن أوضحناه فيما تقدم .

والخلاصة ، أن إهدار شخصية المسئولية يتوافر فى حالتين :

(الأولى) ، المسئولية عن فعل الغير ، وتكون عند افتراض الركن المادى .

(الثانية) ، المسئولية المفترضة ، وتكون عند افتراض الركن المعنوى (الإثم الجنائى متمثلا فى القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى) ، وكذلك - بطبيعة الحال - عند إهدار الإرادة الحرة التى لا يقوم الإثم الجنائى بدونها .

(١) انظر فى عدم دستورية النص الخاص بقرينة العلم بالغش فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ . دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، وانظر فى عدم دستورية المادة ١٢١ من قانون الجمارك . دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية .
(٢) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧ تابع) .

المبحث الثالث

عدم جواز المساس بجوهر الحقوق والحريات

٢٠٩-المبدأ

بينما فيما تقدم أن التوازن بين الحقوق والحريات وسائر القيم الدستورية، بما في ذلك المصلحة العامة. يميز تجريم بعض أنواع السلوك والعقاب عليها بشرط أن يستند التجريم والعقاب على أساس من الضرورة الاجتماعية والتناسب. إلا أن هذا التدخل الجنائي لا يجوز بحسب الأصل أن يكون مدخلا للمساس بجوهر الحقوق والحريات. فالتوازن يتطلب وضع الحدود لممارستها دون أن يتطلب أو يسمح بتقييدها بما ينال من جوهرها أو محتواها.

ويدق الأمر بوجه خاص بالنسبة إلى الحقوق والحريات التي تتمتع بالحماية الدستورية، ففي هذه الحالة لا يجوز للمشرع أن ينظم ممارسة هذه الحقوق والحريات إلا بالتوازن مع غيرها من القيم الدستورية، في حدود سلطته التقديرية ما لم يقيد الدستور هذه الممارسة بضوابط تحد من إطلاقها، تعتبر تخوفاً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها^(١).

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق حدها قواعد الدستور، فلا يجوز تخطيها وأنه من المقرر أن الحقوق التي كفل الدستور أصلها لا يجوز تقييدها بما ينال منها، تقديرًا بأن لكل حق مجالاً حيويًا أو دائرة منطقية يعمل في إطارها، فلا يجوز اقتحامها، وإلا كان ذلك نقضاً لفحواه، وعدواناً على نصوص الدستور ذاتها^(٢). وأكدت المحكمة

(١) دستورية عليا في ١٨ مايو سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٤٠ ص ٦٣٧.

(٢) دستورية عليا في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٤٨) بتاريخ ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٩٧.

الدستورية العليا هذا المعنى في قولها بأن الدستور يتضمن أصلا قيميا وحقوقا لها مضامين موضوعية كفل حمايتها ، وحرص على أن يرد كل عدوان عليها من خلال حق التقاضى حتى يظل محتواها نقيًا كاملاً ، فلا تفقد قيمتها أو تنحدر أهميتها ، ولا تنفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الديمقراطية محدد معناها وفق أكثر أشكالها تطوراً ، ولكنها تقارنها ، وتقيم أساسها ، وتكفل إنقاذ مفاهيمها ، بل إنها أكثر اتصالاً بذاتية الفرد ، وبتكامل شخصيته ، وبحفظها لكرامته ، فلا تكون الحرية معها شعاراً ، بل توها فاعلاً ومحيطاً^(١) . وقالت بأنه يجب أن تكون الأفعال التي جرمها القانون قاطعة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها ، فلا تتداخل معها أفعال مشروعة يحميها الدستور^(٢) .

٢١٠- العقوبات التي لا تتفق مع المبدأ

وتطبيقاً للمبدأ المتقدم ، قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها المذكور بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي تحظر احتجاز الشخص في البلد الواحد أكثر من مسكن دون مقتض ، وسقوط المادة ٧٦ من هذا القانون التي تفرض جزاء جنائياً في شأن من يخالفون هذا الحظر . وقد أسست المحكمة الدستورية هذا القضاء على مساس الشريع بمجموعة من الحقوق والحرريات التي كفلها الدستور ، وهى حرية التعاقد باعتبارها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية ووثيقة الصلة بالحق في الملكية ، وبالحق في الملكية الخاصة ، وبحرية الانتقال غدواً ورواحاً بما تشتمل عليه من حق مغادرة الإقليم^(٣) . وعدم جواز إبعاد المواطن عن بلده ، وحق المواطن في الهجرة الدائمة أو الموقوتة ، والحق في الحياة الخاصة . وأضافت المحكمة الدستورية العليا بأن نص المشرع على إنهاء العمل بالعقود التي تم إبرامها بالمخالفة لمضمونه ، يعتبر أخذاً للملكية من أصحابها بغير اتباع الوسائل القانونية السليمة ، بعد أن فقد أصحابها سند ملكيتهم بمقتضى قاعدة أمر لا يملكون منها فكاً .

(١) دستورية عليا في ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ٣ مارس سنة ١٩٩٤ ، العدد (٩ تابع) .

(٢) دستورية عليا في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ سالف الذكر .

(٣) أوردت المحكمة الدستورية العليا في أسباب حكمها السالف الإشارة إليه بأنه يجوز للمشرع أن يتدخل لموازنة حرية الانتقال بمصلحة يقتضيها الأمن القومى .

وتأكيدا لذات المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن النص على عدم رد البضائع المضبوطة إلى أصحابها وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا من القانون الجمركى، يعنى أن تحل الدولة محلهم في ملكيتها، وفي أن تؤول هذه البضائع إليها بلا مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها وجوبا بقوة القانون، وأن هذه المصادرة التي حتمها المشرع - كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية المعنية - لا تعد تدبيرا احترازيا متصلا بأشياء تكمن فيها خطورة إجرامية مردها أن استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع، يعد جريمة في ذاته، ومن ثم، فانعدام ردها إلى أصحابها بعد ضبطها يعتبر عقوبة عينية ترد على أموال بذاتها مما كان ينبغي معه أن يصدر بها حكم قضائي^(١).

وواضح من هذا الحكم الأخير أن المحكمة الدستورية العليا لم تجز المساس بحق الملكية بما يصل إلى مصادرتها أى القضاء عليها؛ إلا بحكم قضائي وذلك إعمالا لنص الدستور الذى أجاز المصادرة الخاصة بحكم قضائي (المادة ٣٦ من الدستور).

٢١١- عقوبات تستند حدود مشروعيتها من الدستور

وهنا يجب الإشارة إلى أن خطر المساس بجوهر الحقوق والحريات في مجال التوازن بينها وبين سائر الحقوق الدستورية، يتم في حدود الدستور. فإذا أجاز الدستور المساس بجوهر الحق أو الحرية بشروط معينة، فلإن المشرع يجوز له أن يضع شروطها وضماناتها طبقا للدستور. مثال ذلك في الدستور المصرى، الحق في الحياة، والحرية الشخصية. فبالنسبة للحق في الحياة، أجاز قانون العقوبات الحكم بالإعدام مما يعتبر مساسا بجوهر الحق في الحياة. إلا أن هذا المساس يستند أصوله من الدستور ذاته الذى نص في مادته الثانية على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع. فوفقا للشريعة الإسلامية يجوز توقيع عقوبة الإعدام في كل من جرائم الحدود والقصاص والتعزير. ولهذا نجد أن المادة ٣٨١/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية لا تجيز لمحكمة الجنايات أن تصدر حكمها بالإعدام إلا إذا أرسلت الأوراق إلى مفتى الجمهورية، فإذا لم يصل رأيه إلى المحكمة خلال العشرة أيام التالية لإرسال الأوراق إليه حكمت في الدعوى. ولا شك أن وجوب أخذ رأى المفتى الديار المصرية في هذه الحالة هو لإبداء

(١) دستورية عليا في ٤ مايو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤.

رأيه في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر مبادئها مصدرا رئيسيا للتشريع ، طبقا للدستور. هذا وقد تولى التشريع المصرى وضع الضمانات لسلطة المحكمة في توقيع عقوبة الإعدام ، فاشتراط إجماع آراء أعضاء المحكمة عند الحكم بهذه العقوبة (المادة ٣٨١ / ٢ إجراءات) ، وأوجب على النيابة العامة عند الحكم بالإعدام حضوريا أن تعرض القضية على محكمة النقض للتحقق من صحة تطبيق القانون ، وذلك في خلال أربعين يوما من تاريخ صدور الحكم (المادة ٤٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض) . وبجانب ذلك ، نص القانون على ضمانات عند تنفيذ عقوبة الإعدام تتمثل في المواد ٤٤٧ و ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٢ و ٤٧٤ و ٤٧٥ من قانون الإجراءات الجنائية^(١).

وخلافا لذلك عنيت بعض الدساتير بحظر توقيع عقوبة الإعدام ، مثال ذلك : الدستور الأسباني (المادة ١٥) ، والدستور السويدي (المادة ٤) ، والدستور الفنلندي (المادة ٦ / ٢) ، والدستور البرتغالي (المادة ٢٤ / ٢) . وعنيت بعض الدساتير بالجمع بين مبدأ حظر عقوبة الإعدام والسماح بها في جرائم معينة ، مثال ذلك : الدستور الإيطالي ، فقد حظر عقوبة الإعدام عدا الأحوال المقررة في التشريعات العسكرية في زمن الحرب (المادة ٢٧ / ٤) . وذهب نوع آخر من الدساتير إلى حظر عقوبة الإعدام في نوع معين من الجرائم ، مثال ذلك الدستور اليوناني ، فقد حظر عقوبة الإعدام في الجرائم السياسية ما لم تكن من الجرائم المركبة .

وبالنسبة للحرية الشخصية ، فإن الشبهة قد تثور بشأن العقوبات السالبة للحرية ، وخاصة عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة . إلا أن هذه الشبهة لا محل لها باعتبار أن نصوص الدستور متكاملة متساندة . فقد نصت المادة ٤٢ / ١ من الدستور على الضمانات التي يجب أن يتمتع بها كل من يحبس أو تقيده حريته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان مع عدم جواز إيذائه بدنيا أو معنويا . وقد حددت قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين الضمانات التي يجب أن يتمتع بها المسجونون التي أصدرتها الأمم المتحدة ، والتي تمثل في حد ذاتها الحد الأدنى للضمانات التي يجب أن تأخذها الدول الديمقراطية^(٢) . وواقع الأمر ، أن إيلام المحكوم عليه بالعقوبة السالبة للحرية لا يجوز

(١) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، طبعة ١٩٩٦ ص ٥٧٢ ؛ ٥٧٥ .

(٢) قضت المادة ٦٥ من هذه القواعد على أنه يجب أن تشجع معاملة المسجونين احترامهم لأنفسهم وأن تنمي فيهم الشعور بالمسؤولية .

أن يتخطى الحد الأدنى لحقوق الإنسان؛ فإذا حرم السجين من حقوقه الإنسانية، فإنه سوف يتجرد تماما من الوسائل التي يحتاج إليها من أجل تنمية شخصيته مما يفقده إمكانات الحياة الشريفة داخل المجتمع. فإيلاام المحكوم عليه لا يمكن أن يتحول إلى امتهان لكرامته و تعذيب لأدميته، وإنما هو مجرد وسيلة لإصلاح المجرم وإعادة إلى حظيرة المجتمع. ولذلك، كان طبيعيا أن تأخذ كثير من الدول الديمقراطية بنظام الإشراف القضائي على التنفيذ، باعتبار أن القاضى هو الحارس الطبيعى للحريات. وفى مصر تقوم النيابة العامة بوصفها شعبة من السلطة القضائية بالإشراف على التنفيذ. على أن محكمة الأحداث نفسها تتولى الإشراف على تنفيذ الأحكام الصادرة على المتهمين الأطفال فى دائرة محكمته، تطبيقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦.

وقد ثار البحث بالنسبة إلى عقوبة الموت المدنى "La mort civile" والتي تتمثل فى حرمان المحكوم عليه من الحقوق المدنية والسياسية. وترجع هذه العقوبة إلى العصر الرومانى، وعرفت كعقوبة تبعية لعقوبة النفى أو الإبعاد "bannissement". وقد تعرضت هذه العقوبة فى أوائل القرن التاسع عشر لانتقادات شديدة لدى رجال القانون والفلاسفة. وقد عنيت بعض الدساتير بإلغاء هذه العقوبة صراحة، مثال ذلك الدستور البلجيكي (المادة ١٨).

٢١٢- عقوبات لا تتفق مع نص صريح فى الدستور

قد ينص الدستور صراحة على حظر عقوبات معينة، مثال ذلك عقوبة الإعدام فى بعض الدساتير كما أوردنا فيما تقدم. وقد حرم الدستور المصرى المصادرة العامة للأموال (المادة ٣٦) لما لها من آثار ضارة على الشخص وأسرته، الأمر الذى يصيب الحق فى الملكية فيعدمه إعداماً. ومن أمثلة ذلك أيضا الدستور البلجيكي (المادة ١٧)، والدستور اليونانى (المادة ٣/٧).

٢١٣- القيمة الدستورية لأسباب الإباحة

يهدف قانون العقوبات إلى حماية المصلحة الاجتماعية، فليجأ إلى التجريم والعقاب بناء على اعتبارات الضرورة الاجتماعية والتناسب. ولاشك أن المشرع الجنائى عندما

يفعل ذلك يتدخل فى مناطق شائكة يمارس فيها الناس حقوقهم وحررياتهم، مما يستتبع وضع حدود لهذه الممارسة بما يتفق مع اعتبارات المصلحة العامة. إلا أن تدخل المشرع بالتجريم والعقاب لا يمكنه المساس بجوهر الحقوق والحرريات فى الحدود التى رسم القانون ممارستها. وطالما كان الشخص ممارساً لحقوقه أو حرته فى الحدود التى رسمها القانون ظل فى دائرة الإباحة دون أن تمتد إليه يد التجريم. وتفوق حماية الحقوق والحرريات على اعتبارات المصلحة الاجتماعية، يرجع أساساً إلى تفوق الدستور على التشريع ولعدم توافر الضرورة الاجتماعية التى تعطى تفوقاً للمصلحة العامة على النحو الذى أسلفنا بيانه فيما تقدم^(١)، فجميع الحقوق والحرريات التى يحميها الدستور تظل فى منطقة الصدارة لا يجوز المساس بمحتواها أو جوهرها. وتنحصر دائرة المشرع بالنسبة إليها فى التنظيم ورسم الحدود ووضع الضمانات دون أن تمتد يده إلى غير ذلك. ولهذا قلنا إن الإباحة صفة تلحق الفعل الذى يعتدى على أية مصلحة يحميها قانون العقوبات، إذا كانت هذه الإباحة تركز على مصلحة أو قيمة أجدر بالرعاية^(٢).

وصاحب الكلمة فيما يعتبر أجدر بالرعاية هو الدستور نفسه الذى يتقيد به المشرع. فلا يجوز للمشرع أن تمتد يده إلى ما يحميهِ الدستور، وإلا كان عمله غير دستورى.

وقد عنى الفقه الجنائى بتقسيم أسباب الإباحة إلى نوعين: أسباب عامة وأسباب خاصة، وأسباب مطلقة وأخرى نسبية. وتتوافر الأسباب العامة عندما تنتج أثرها بالنسبة إلى جميع أنواع الجرائم، كالدفاع الشرعى. أما أسباب الإباحة الخاصة فهى لا تنتج أثرها إلا بالنسبة إلى نوع معين من الجرائم، كحق الدفاع أمام المحاكم فهو لا يبيح غير الجرائم التى يقتضيها حق الدفاع كالقذف أو السب أو البلاغ الكاذب. أما الأسباب المطلقة فيستفيد منها كل شخص مهما كانت صفته، هذا بخلاف الأسباب النسبية فإنها تفترض فيمن يمارسها توافر صفة معينة مثل صفة الطبيب بالنسبة إلى حق العلاج، وصفة الموظف العام بالنسبة إلى الحقوق التى يمارسها الموظف العام.

ولما كانت أسباب الإباحة تستند إلى ممارسة الحقوق والحرريات التى حددها الدستور، فإنها تعطل سلطة التجريم فى حدود هذه الممارسة، ولا يعتبر الفعل جريمة عند ممارستها فى الحدود المقررة لنا قانوناً. هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى موانع المسؤولية

(١) انظر فيما تقدم بندى ١٩٠ و ١٩١.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦، ص ١٧١ و ١٧٤ و ١٧٥.

أو موانع العقاب ، فإنها لا ترتد إلى ممارسة أى حق أو حرية دستورية . فموانع المسؤولية ترجع إلى عوامل تؤثر في إدراك الشخص أو تمييزه مما يؤثر في إرادته الشخصية كشرط في المسؤولية الجنائية . وموانع العقاب ترجع إلى أسباب لاحقة على الجريمة يقررها المشرع للحيلولة دون معاقبة الجاني إما تشجيعا له على ضبط سائر الجناة ، أو لتوافر موجب لا يتفق مع معاقبته . والأمر متروك للسلطة التقديرية للمشرع الجنائي .

وإذا نظرنا إلى التشريع المصرى نجد أن أسباب الإباحة العامة ترتد إلى استعمال الحق وأداء الواجب والدفاع الشرعى ، مع وجود خلاف حول الطبيعة القانونية لحالة الضرورة .

ولا مراء في أن السبب الأول وهو استعمال الحق يعتبر من أسباب الإباحة ، سواء كان الحق مستمدا من الدستور نفسه أو من التشريع . فإن النظام القانونى يتأبى على التناقض والتنافر . ومن أمثلة استعمال الحق المبني على الدستور ما نصت عليه المادة ٩٨ من الدستور من أنه لا يؤاخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه^(١) . ويستوى في ذلك أن يكون استعمال الحق مبنيا

(١) وأساس هذه الحصانة البرلمانية الموضوعية أن السيادة للشعب وحده ويمارسها على الوجه المبين في الدستور . ومن صور هذه الممارسة ما يتولاه مجلس الشعب - من خلال أعضائه - من سلطات نص عليها الدستور (المادة ٨٦ وما بعدها) ، فعوض مجلس الشعب لا يعبر عن رأيه أو عن رأى دائرته الانتخابية ، وإنما يعبر عن رأى الشعب كله . ولهذا قيل بأن الحصانة البرلمانية تعتمد على أن الأمة نفسها تعبر عن نفسها من خلال أصوات وأراء ممثليها (Marc Verdussen, op. cit., p. 596) . وقد أخذت هذه الحصانة طريقها منذ عهد الثورة الفرنسية بناء على اقتراح ميرابو في اجتماع الجمعية التأسيسية في ٢٣ يونية سنة ١٧٨٩ ، وعبر عنها بعد ذلك الدستور الفرنسى منذ ٣ سبتمبر سنة ١٧٩١ . وقد عثر على جذور هذه الفكرة في عهد الحقوق Bill of rights في انجلترا في القرن السابع عشر . وتعتبر الآن من ضمانات حسن سير النظام البرلمانى . ولهذا تعتبر من النظام العام ، مما لا يجوز معه التنازل عنها . وتحدد هذه الحصانة البرلمانية الموضوعية في الآراء والأفكار التى يؤديها عضو مجلس الشعب في المجلس أو في لجانه في أثناء أداء عمله ، فلا تمتد إلى ما يصدر من العضو ولو في المجلس أو في لجانه خارج نطاق ممارسته وظيفته البرلمانية . فلا تكون هذه الحصانة إلا عندما يعبر عضو المجلس عن آرائه وأفكاره داخل الجلسة العامة للمجلس أو داخل لجانه أو داخل اجتماع مكتب المجلس ، في أثناء تقديمه اقتراحات بمشروعات قوانين أو مناقشة مشروعات القوانين المعروضة أو تقارير لجان المجلس ، سواء من خلال وظيفة التشريع أو الرقابة ، وسواء عند نظر السياسة العامة للدولة أو برنامج الحكومة ، أو الخطة والموازنة ، أو غير ذلك من الاختصاصات التى يتولاها المجلس طبقا للدستور واللائحة . فلا يسرى ذلك على الأفعال أو المحررات المكتوبة . وقضى بأن عضو البرلمان الذى يشترك في أحد اجتماعات هيئة البرلمانية السياسية للمجلس لا يعتبر ممارسا لوظيفته البرلمانية ومن ثم لا يستفيد من الحصانة البرلمانية ، وذلك باعتبار أن هذه الحصانة تغطي العمل البرلمانى وليس العمل الحزبى (محكمة بروكسل المدنية في ٦ يولية سنة ١٩٣٧ =

على نص القانون مباشرة أو على اللائحة طالما كانت في حدود القانون . وفي الحالات والحدود التي يعتبر فيها العرف مصدرا للقانون يعتبر استعمال العرف سببا للإباحة . ومناطق ذلك كله بطبيعة الحال أن يلتزم مستخدم الحق بالحدود التي رسمها التشريع .

وبالنسبة إلى أداء الواجب من الموظف العام على النحو الذي حددته المادة ٦٣ من قانون العقوبات ، فإنه لا يعتبر سببا مستقلا للإباحة . فإذا كان الموظف العام يؤدي واجبه بناء على نص القانون مباشرة استندت الإباحة إلى استعمال الحق ، وإن كان يؤدي واجبه بناء على أمر الرئيس المطابق للقانون ، استندت الإباحة كذلك إلى استعمال الحق . والواقع أن أهمية المادة ٦٣ عقوبات لا ترجع إلى تقرير إباحة أداء الموظف العام لواجبه طبقا للقانون ، وإنما ترجع إلى ما قرره بشأن أثر الغلط في الإباحة حين يرتكب الفعل تنفيذًا لأمر غير مشروع صادر إليه من رئيسه معتقدا بصحة هذا الأمر . ففي هذه الحالة لا تثبت صفة الإباحة لعمل الموظف العام ويندرج فعله تحت طائل التجريم ، وتتحدد مسؤوليته في ضوء مدى توافر الركن المعنوي لديه في ضوء مدى اعتقاده بصحة هذا الأمر ومحل هذا الاعتقاد^(١) .

أما عن الدفاع الشرعي ، فقد اختلف الفقه في تحديد أساس مشروعيته ، فمن قائل بانعدام حرية المدافع في الاختيار ، ومن قائل بترتيب الدفاع الشرعي على أساس العدالة ، ومن قائل بأن الدفاع الشرعي يأتي حماية لمصلحة جديرة بالرعاية تتفق مع أهداف النظام القانوني^(٢) . وواقع الأمر أن حق الدفاع الشرعي وثيق الصلة بالحق أو الحرية محل الحماية ؛ فلن كان الدفاع الشرعي عن الحق في الحياة أو الحق في سلامة الجسم ، أو الحرية الشخصية أو الحق في الملكية ، كان وثيق الصلة بالحق أو الحرية محل

= = مشارا إليه في مؤلف (Marc Verdussen, p. 594) وقد انتقد البعض هذا الحكم على أساس أن الهيئات البرلمانية السياسية تعتبر أجهزة لا غنى عنها لحسن سير البرلمان (انظر هذا الرأي مشارا إليه في مؤلف (Marc Verdussen, p. 594) . وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي أن عضو البرلمان لا يتمتع بالحصانة البرلمانية عما يبدى من أفكار خارج ممارسة وظائفه البرلمانية : (89-262 Déasian du 7 novembre 1989, Recueil de juris. corst., p. 373) .

وترتبط على عدم جواز مساءلة العضو عن آرائه في المجلس ، لا تنعقد مسؤولية المجلس عن أي قرار يصدره باعتبار أن هذا القرار هو ثمرة الآراء المحصنة لأعضائه ، فضلا عما يتمتع به السلطة التشريعية من استقلال .

(١) انظر مؤلفنا قانون العقوبات ، القسم العام ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠-٢٠٣ .

(٢) انظر هذا الجدل في مؤلفنا ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ و٢٠٦ .

الحماية، بالنظر إلى أن حماية هذه الحقوق أو الحريات تتطلب عدم وضع قيد يعرضها للضياع ويهدد جوهرها ومحتواها بالفقدان. وشريطة كل ذلك أن يتم الدفاع عن هذه الحقوق والحريات في الحدود التي يرسمها القانون، والتي حددها قانون العقوبات في شروط الدفاع الشرعى. ويلاحظ أن المشرع في تحديده لهذه الشروط التزم بذات الضابط الذى أجاز فيه التجريم وهو الضرورة والتناسب؛ فأحاط الدفاع الشرعى بشرطين هما للزوم (أى الضرورة) والتناسب. فإذا ما توافر اللزوم (أى الضرورة) والتناسب في استعمال الحق أو الحرية؛ ظل صاحبه في مأمن من أن تمتد إليه يد التجريم أو العقاب، لأنه مع قيام ضرورة الدفاع وتناسبه لا قيام لضرورة التجريم والعقاب وتناسبه. وقد قضت المحكمة الدستورية في بلغاريا بأنه عندما يتنافس حقان يحميهما الدستور، حق المدافع في حرمة المسكن وحق المعتدى في الحياة، فإنه لا يمكن أن يتفوق حق المعتدى على حق المدافع^(١).

ويلاحظ أن قانون العقوبات في المادة ٢٤٨ عقوبات لم يبح حق الدفاع الشرعى لمقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف أسباب معقولة. ويثير هذا النص شبهة عدم الدستورية فيما يتعلق بمبدأ المساواة أمام القانون. ذلك أن مأمورى الضبط قد يبدو في وضع أكثر تفوقا من الأشخاص العاديين، وخاصة أن يحول دون استعمال حق الدفاع الشرعى إذا كان هذا المأمور حسن النية إلا بشروط معينة. إلا أن هذه الشبهة تنفى لسببين: (أولهما)، أن المشرع يمكن أن يخرج عن المساواة في المعاملة لاعتبارات المصلحة العامة بما يتفق مع أهداف القانون^(٢). ولاشك أن اعتبارات المحافظة على الأمن والنظام تتطلب عدم إعطاء الأفراد سلطة البحث في نوايا مأمورى الضبط ومعتقداتهم ما لم يكن عدم المشروعية واضحا لا لبس فيه، مما ينفى صفة المشروعية الظاهرة عن أعمال مأمورى

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في بلغاريا الصادر في ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٧٩ في القضية رقم ١٢ لسنة ١٩٩٧، الجريدة الرسمية العدد (٨٩) في ٧ أكتوبر سنة ١٩٩٧.

Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, conseil de l'Europe 1997, op. cit., p.379.

Ferdinand Mélin - Soucramanien; le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil (٢) constitutionnel, op. cit., p.191.

فلا يجوز أن يزيد هذا الخروج عن المساواة عما هو ضرورى لتحقيق الهدف من القانون (محكمة التحكيم البلجيكية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٩٢، (القضية رقم ٧٤-٩٢).

CACC Puf - Bulletin No.1, Sep. 1998, p.31.

الضبط في هذه الحالة . وهذه المصلحة العامة تتفق مع أهداف قانون العقوبات التي ترمى إلى حماية المصلحة الاجتماعية والاستقرار. (ثانيهما) ، أن حق الدفاع الشرعي لم يتأثر جوهره ومحتواه بمقتضى هذا الاستثناء ، فما زال باقيا إذا تعرضت حياة المدافع أو صحته لخطر بالغ . هذا فضلا عن أنه طبقا للقواعد العامة ، إذا كان عمل مأمور الضبط القضائي ظاهر البطلان سقطت عنه قرينة المشروعية مما يجعل الدفاع الشرعي جائزا وفقا للشروط التي تحددها القواعد العامة . ويتضح هذا المعنى مما اشترطته المادة ٢٤٨ عقوبات من وجوب أن يكون أداء مأمور الضبط القضائي لعمله «مع حسن نية»^(١) ، ولو تخطى حدود وظيفته ، فإذا كان الظاهر يكشف سوء النية انتفت المشروعية الظاهرة لعمل مأمور الضبط القضائي . على أننا نقف أمام حق الدفاع الشرعي الممنوح لغير صاحب الحق أو الحرية والذي نص عليه قانون العقوبات ، إذا لم يشترط القانون في المدافع أن يكون صاحب الحق أو الحرية التي يحميها القانون ، بل اكتفى أن يكون من الغير . وهذا الذي نص عليه القانون يعتبر ضمنا تشريعا لحماية الحقوق والحرريات التي يحميها الدستور ، أى يجوز قوة تشريعية تدخل في إطار السلطة التقديرية للمشرع ، ولا ينال قيمة دستورية في حد ذاته .

وإذا نظرنا إلى حالة الضرورة ، نجد أنها لا تصدر عن صاحب حق أو حرية يحميها الدستور ، إذ تتوافر هذه الحالة عندما يجد الإنسان نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره من هذا الخطر . وقد تنازع حالة الضرورة اتجاهان ، أحدهما يعتبرها من موانع المسؤولية ، والآخر يعتبرها من أسباب الإباحة - وقد أخذ بهذا الاتجاه الأخير^(٢) الفقه الفرنسي قبل صدور قانون العقوبات الجديد سنة ١٩٩٤ الذى جمع بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية تحت مسمى واحد هو موانع المسؤولية الجنائية^(٣) .

(١) قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في ٩ أكتوبر سنة ١٩٩٧ بأن استخدام رجل الضبط القوة لإنقاذ حياة المجنى عليه والتجائه إلى القتل بحسن نية ، إذا كان القتل ضروريا لتحقيق هذا الإنقاذ يعتبر أمرا مباحا . Bulletin, op. cit., p.490.

(٢) انظر مؤلفنا قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق . وقد انتصرنا لهذا الاتجاه . انظر ص ٢٤٣ وما بعدها .

(٣) انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة ؛ الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، المرجع السابق ص ٥٧ وما بعدها .

Crim. 18 Juin 1958, Bull. No.471; 25 Juin 1958 D.1958.693; 27 Déc. 1961, J.C.P. 1960. 2. 12652.

وواقع الأمر، إذا نظرنا إلى شروط توافر الفعل الضروري نجد أنها ترتد إلى اللزوم (أى الضرورة والتناسب). وبالتالي، فإن حالة الضرورة في ضوء هذه الشروط تمثل موقفا يتعارض مع أساس التجريم والعقاب وهو الضرورة والتناسب، لأن الفعل الذى يرتكبه الجانى في حالة الضرورة ينقذ بها حياة أو مال شخص دفعا لخطر جسيم، ويكون هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق هذا الهدف من بين الأفعال الممكن ارتكابها، يتحقق به تناسب مقبول بين المصلحة المراد حمايتها والمصلحة المضحية بها. في هذه الحالة التى اعترف بها قانون العقوبات (المادة ٦١) تكون الجريمة من الناحية الاجتماعية مقبولة^(١)، لأن الضرورة والتناسب كانا لتبرير الفعل مما ينفى بدهة أساس تجريمه. فإذا كان التضامن الاجتماعى قد أباح جريمة ضرورة، فإنه لا يمكن أن يبرر العقاب عليها.

ولما كان الأصل في الأعمال الإباحة، أنه وقد انتفى أساس التجريم أن تعتبر مباشرة الفعل الضرورى عملا مباحا لا يمتد إليه التجريم في الحدود التى رسمها فيها القانون. وبالتالي فإن أساس إباحة الضرورة ليس هو الحق الذى يحميه الدستور أو القانون، كما هو الشأن في استعمال الحق (وأداء الواجب)، والدفاع الشرعى، وإنما لانتفاء الضرورة التى توجب التجريم، الأمر الذى يؤدى إلى العودة إلى الأصل العام وهو الإباحة. ولا محل للقول بامتناع المسؤولية على أساس انعدام الإرادة، لأن المضطر يصدر عنه الفعل عن إرادة حرة، وخاصة إذا كان من الغير.

(١) انظر في قضاء محكمة النقض الفرنسية الذى اعتبر حالة الضرورة من أسباب الإباحة.

Crim. 18 Juin 1958, Bull. No.471; 25 Juin 1958 D.1958.693; 27 Déc. 1961, J.C.P. 1960. 2.

المبحث الرابع شخصية العقوبة وتناسبها

٢١٤- ارتباط شخصية العقوبة بشخصية المسؤولية

ترتبط شخصية العقوبة تمام الارتباط بمن يعد قانونا مسئولاً عن مقارفتها، على ضوء دوره فيها، ونواياه التي قارنتها، وما نجم عنها من ضرر، فلا يكون جزاء الجناة عن جريمتهم إلا موافقا لخياراتهم^(١).

وتتجلى شخصية العقوبة من خلال كل من النص التشريعي، والتطبيق القضائي. ففي النص التشريعي الذي يحدد التجريم والعقاب، يجب أن يكون واضحاً أن العقوبة هي جزاء من اعتبر مسئولاً عن ارتكاب الجريمة؛ فلا تضامن في العقوبات ولا مسئولية عن فعل الغير. ويكفي لتقدير شخصية العقوبة في النص التشريعي تقدير ارتباطها بالفعل الذي أتاه الجاني في إطار ضابط الضرورة والتناسب. وتسمى أحياناً بالتفريد التشريعي. وقد قضت المحكمة الإيطالية تطبيقاً لمبدأ شخصية العقوبة عدم جواز تحميل ورثة المتهم بالمصروفات القضائية على أساس أن الالتزام برد هذه المصروفات لا تحكمه مبادئ المسؤولية المدنية ولكنه جزاء اقتصادي تبعى للعقوبة يجب أن يحتفظ بطابعه الشخصي^(١).

ويلاحظ أن المادة ٢٨ مكرراً «د» من قانون الإجراءات الجنائية المصري قد نصت في فقرتها الثانية على أنه في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١١٢ و ١١٣/١ و ٢ و ٤ و ١١٣ مكرراً فقرة أولى و ١١٤ و ١١٥ من قانون العقوبات، على المحكمة أن تأمر بالرد في مواجهة الورثة والموصى لهم وكل من أفاد فائدة جديّة من الجريمة ليكون الحكم بالرد

(١) دستورية عليا في ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٨) في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨، دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٨٨ القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية إيطالية في ٦ إبريل سنة ١٩٩٨ مشار إليه في - Annuaire International de la justice constitutionnelle, 1998, p.869.

نافذاً في أموال كل منهم بقدر ما استفاد. وفي هذه الحالة لا يوجد إخلال بشخصية العقوبة على أساس أن الأموال غير المشروعة التي استفاد منها الورثة أو الموصى لهم أو غيرهم بسبب الجريمة لا تؤول إليهم وإنما تظل محملة بحق الدولة فتتبعه لديهم. وبالتالي فإن الرد لا يرد على الملكية الخاصة هؤلاء، مما تنتفي معه شبهة العقوبة بالنسبة إليهم.

ويلاحظ أن شخصية العقوبة من خلال التطبيق القضائي، تأخذ بعداً إضافياً هو شخصية المجرم، يرتبط بالأهداف النهائية التي يراد تحقيقها من وراء توقيع العقاب، لا مجرد النص عليه. وبقدر تحديد هذا البعد الإضافي يمارس القاضي سلطته التقديرية. وتسمى شخصية العقوبة في مرحلة التطبيق القضائي بالتفريد القضائي.

فما هي القيمة الدستورية لتفريد العقوبة؟

٢١٥- القيمة الدستورية لتفريد العقوبة:

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن الأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، وأن تقرير استثناء من هذا الأصل — أي كانت الأغراض التي يتوخاها — مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم، وأن عقوبتهم بالتالي يجب أن تكون واحدة لا تغاير فيها، حتى لا يقع جزاء في غير ضرورة بما يفقد العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتضى^(١). وواضح من هذا التعليل أن القيمة الدستورية لتفريد العقوبة مستمد من أساس التجريم والعقاب وهو الضرورة والتناسب. وفي صدد التناسب استطردت المحكمة الدستورية العليا فأضافت معيارين هما المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية، وسلطة القاضي في التفريد^(٢).

(١) دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٩٨، القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، وانظر دستورية عليا في ٦ يولية سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٨) في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨، ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٣ في ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧، ٤ يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٣) في ١٦ يناير سنة ١٩٩٧، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩)، الأول من سبتمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٧)، ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٧) مكرراً في ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦.

(٢) دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٩٨، القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

وبالنسبة إلى المعيار الأول رأت المحكمة الدستورية العليا أن التفريد لا ينفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية، ويتصل بالتطبيق المباشر لعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية جميعها، وأن إنزالها «بنصها» على الواقعة الإجرامية محل التداعى، يناهى ملاءمتها لكل أحوالها وملابساتها، بما مؤداه أن سلطة تفريد العقوبة - ويندرج تحتها الأمر بإيقافها - هى التى تخرجها من قوالبها الصماء، وتردها إلى جزاء يعايش الجريمة ومرتكبها، ولا ينفصل عن واقعها.

أما بالنسبة إلى المعيار الثانى، فقد رأت المحكمة الدستورية العليا أن تناسب العقوبة يتحقق بوسائل متعددة، من بينها تلك التى يجريها القاضى - فى كل واقعة على حدة - بين الأمر بتنفيذها أو إيقافها، وأن تقدير عناصر التناسب يدخل فى إطار الخصائص الجوهرية للوظيفة القضائية، مما يؤدى إلى اعتبار حرمان القاضى من سلطته فى مجال تفريد العقوبة بما يوائم «بين الصيغة التى أفرغت فيها ومتطلبات تطبيقها فى حالة بذاتها» مؤداه بالضرورة أن تفقد النصوص العقابية اتصالها بواقعها، فلا تنبض بالحياة، ولا يكون إنفاذها «إلا عملاً مجرداً يعزلها عن بيئتها»، دالاً على قسوتها أو مجاوزاتها حد الاعتدال.

وانتهت المحكمة الدستورية العليا فى ضوء هذين المعيارين إلى الحكم بعدم دستورية ما نص عليه القانون من عدم جواز وقف تنفيذ العقوبة.

ويلاحظ من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد ميزت بين التناسب التشريعى والتناسب القضائى؛ فالتناسب التشريعى هو فى مقام التجريم والعقاب عندما تختمه الضرورة الاجتماعية، إذ يتعين أن يكون متناسباً مع الفعل الضار الذى يقع من الجانى. أما التناسب القضائى فهو فى مقام إعمال القاضى لنصوص العقاب على الجانى، فهذا التناسب يكون داخل إطار التناسب التشريعى وتكون ممارسة القاضى لسلطته التقديرية بداخل هذا الإطار فتضع فى اعتبارها عاملاً آخر هو شخصية الجانى، مما أدى إلى ظهور التفريد القضائى للعقوبة كضمان فى مواجهة التجريم والعقاب. هذا بجانب أن المحكمة الدستورية العليا قد اعتبرت المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية بما تتطلبه من تفريد العقوبة مما يدخل فى إطار المبادئ الدستورية، وهو مسلك يتفق مع سلطة المحكمة فى تطوير مفاهيم القواعد الدستورية بما يجارى مقتضيات التطور. إلا أن المحكمة اعتبرت الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة أحد محاور سلطة التفريد المبنية على مراعاة شخصية الجانى، وربت على ذلك أن نص القانون على حرمان

المحكمة من سلطة إصدار هذا الأمر يعتبر مجافيا للدستور؛ بينما إيقاف التنفيذ في حقيقة الأمر هو أحد وسائل تفريد العقوبة التي عرفها التشريع الجنائي ، ولا يعبر وحده عن تفريد العقوبة الذي يمكن أن يتحقق بغير ذلك من الوسائل . كما أن سلطة المحكمة في التفريد ، وهو ما يسمى بالتفريد القضائي يتم - كما بينا - في إطار ما يرد في النص القانوني من عقوبات . ووسائل التفريد تمثل في مجموعها ما يسمى بالتفريد التشريعي ، والذي يقوم على التناسب مع الفعل الضار بالمجتمع ، فإذا جاء القانون وحرّم القاضى من سلطة وقف التنفيذ في جريمة معينة ، فإن ذلك لا يعتبر تدخلا في الوظيفة القضائية ، لأنه يعتبر من مكونات التفريد التشريعي الذي يمارس القاضى سلطته في التفريد في حدوده وداخل إطاره . كما أن حرمان القاضى من وقف التنفيذ يجب أن يكون في ضوء سائر العقوبات التي يستطيع الحكم بها ووزن الجريمة وملاساتها .

وقد ثار البحث عما إذا كان تفريد العقوبة يتناقض مع مبدأ المساواة أمام القانون والذي يتطلب عدم اختلاف الناس في المعاملة أمام القانون . إلا أنه رد على ذلك بأن تفريد العقاب يتفق مع المصلحة العامة التي تتفق مع أهداف القانون في مكافحة الجريمة من خلال عدة أهداف ، منها الردع العام والردع الخاص وإصلاح المجرم .

ويتم هذا التفريد وفقا لمعايير موضوعية تضع في اعتبارها شخصية الجاني ، مع غيرها من العوامل ؛ ومنها جسامة الجريمة وآثارها . ومن ثم ، فإن التفريد القضائي لا يخالف مبدأ المساواة . والقاضى بوصفه الحارس الطبيعي للحريات هو أفضل من يتولى التفريد . وأن نصوص القانون بشأن الظروف المخففة ، تتفق مع مبدأ المساواة ، وتعتبر من أهم وسائل التفريد ، ويعتبر إنكار سلطة القاضى في تقدير الظروف المخففة ينطوى على إنكار لمبدأ المساواة^(١) . وهذا التفريد يمكن أن تمارس النيابة العامة ملاءمته من خلال الحفظ (أو الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية) لعدم الأهمية . كما أن هذا التفريد يمكن تحقيقه بضمان معرفة شخصية المتهم أثناء التحقيق معه ، ثم تحقيقه في مرحلة الحكم بالعقوبة ثم في مرحلة تنفيذ العقوبة^(٢) .

وفي ضوء ما تقدم ، أكد المجلس الدستوري الفرنسي قضاءه السابق بشأن اتفاق

(١) المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٧ يولية سنة ١٩٧٨ مشار إليه في

Michel Dante Juan, l'égalité en droit pénal, Travaux de l'institut de sciences criminelles de portiers, cujas, 1987, No. 146, p.123; Ferdinand Mélin - soucramanien, op. cit., 1997, p.95.

Michel Danti Juan, op. cit., No.337 - 353, pp.275-287.

(٢)

تفريد العقوبة مع مبدأ المساواة (طبقا للمادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩) وأسند تفريد العقوبة إلى مبدأ المساواة «أمام القضاء»^(١).

وبالإضافة إلى ذلك، فقد عني المجلس الدستوري الفرنسي بالإشارة إلى القيمة الدستورية لتفريد العقوبة الذى يخول القاضى سلطة واسعة في اختيار العقوبة؛ تأسيسا على أنه لا يجوز أن يمنح القاضى سلطة تحكيمية في تقرير العقوبة، وأن مبدأ تفريد العقوبات يحتل مركزا فريدا ومطلقا في التشريع، وأنه إذا فرضنا أن مبدأ تفريد العقوبات يمكن في هذه الحدود اعتباره أحد المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية (وهو أحد المبادئ الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ والتي تنال في حد ذاتها قيمة دستورية)؛ إلا أن المشرع له الحق بل وعليه التزام بوضع القواعد التي تكفل عقابا فعالا للجرائم، مع التزامه بأن يترك للقاضى أو للسلطات المختصة بتنفيذ العقوبات سلطة تقديرية واسعة في تحديد وسائل تنفيذ العقوبات. وطبقا لهذه الأسانيد، فقد قرر المجلس الدستوري دستورية تشريع وضع لجرائم معينة حدا أدنى من العقوبات وقلل من إمكان تخفيض شروط تنفيذ العقوبة^(٢).

٢١٦- عناصر تفريد العقوبة

يحدد القانون العقوبات معبرة عن التجريم ودرجته، ثم يترك للقضاء اختيار ما يراه ملائما من تحقيق أهدافها. ويقتضى هذا الأمر اختيار العقوبات وفقا لمعايير واضحة تبدو^(٣) في تحديد الأهداف التي يراد تحقيقها من وراء العقاب، وتنحصر هذه الأهداف إما في الردع العام والردع الخاص أو إصلاح المجرم.

فمن المحقق أن العقوبة تهدف إلى التأثير في السلوك الإنساني داخل المجتمع حتى يتلاءم مع الأوامر والنواهي الاجتماعية التي تنطوى عليها قواعد التجريم. وهى في حالتها الساكنة في النص تهدف إلى التأثير في سلوك جميع الأفراد المخاطبين بأحكام

(١) - Décision, No. 88 - 244 Dc du 20 Juillet 1988, Recueil jur. const. p.334 (1959 - 1993), D6- cision, No. 89 - 262 Dc du 7 Novembre 1989, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.373.

Ferdinand Mèlin - Soucramanien, op. cit., 795.

مشارا إليهما في:

(٢) انظر قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ مشارا إليه مع التعليق عليه في مؤلف François Luchaire, le conseil constitutionnel, Tome II jurisprudence, 1998, op. cit., No. 196, p.142.

Hulsman; Le choix de la sanction, Rev. Sc. Crim, 1970, p.212.

(٣)

القانون، عن طريق التهديد بما تنطوى عليه من جسامة معينة، وهو ما يسمى بالردع العام. أما في حالتها الديناميكية عند تطبيقها بواسطة القضاء، فإنها تهدف أساساً إلى التأثير في سلوك المحكوم عليه حتى يتطابق مستقبلاً مع قواعد القانون وهو ما يسمى بالردع الخاص أو الإصلاح أو إعادة التأهيل الاجتماعي. ويقتضى هذا الهدف أن تتوافر لدى المحكوم عليه خطورة إجرامية معينة أي استعداد نحو ارتكاب الجريمة مستقبلاً، فإذا قلت هذه الخطورة أو انعدمت قل شأن هذا الهدف^(١).

أما الردع الخاص، فإنه لا يعنى مطلقاً إسقاط الردع العام من الاعتبار، وإنما يعنى مجرد وضعه في المرتبة التالية، فاختيار العقوبة من أجل إصلاح المجرم يعنى الاعتماد على مطلق شخصية المجرم فهي وحدها الخاضعة لهذا الإصلاح. أما الردع العام فإنه يتحقق ضمناً من خلال الإيلاء المستفاد من العقوبة الموقعة على المجرم مهما اختلف قدره وكيفيته.

وهكذا نرى أنه بينما يحتل الردع العام مرتبته الأولى من الزاوية التشريعية، فإن الردع الخاص يأخذ مكان الصدارة من الزاوية القضائية. ومع ذلك فإن الحماية الاجتماعية التي هي الهدف الأسمى للسياسة الجنائية قد تقتضى في بعض الجرائم الخطيرة جعل الأولوية للردع العام عند اختيار العقوبة. ومن مظاهر ذلك حرمان القاضي من تطبيق الظروف المخففة أو منعه من الحكم بالبدايل العقابية، مثل وقف التنفيذ، أو تشديد العقوبة. ومن أمثلة ذلك، جرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج. وقد عرفت الشريعة الإسلامية هذا الأسلوب في العقاب وطبقته على جرائم الحدود، وهذه الجرائم تنطوى على حق الله تعالى سواء كان حقاً خالصاً أو حقاً غالباً له سبحانه وتعالى، ولذلك قيل بأن إقامة الحد من العبادات، كالجهاد في سبيل الله، فيكون الوالي شديداً في إقامة الحد لا تأخذه رافة في دين الله فيعطله^(٢).

وهنا يجدر التنبيه إلى أن اعتبار العقوبة مقابلاً للجريمة. هو محض تحليل قانوني لعناصر العقوبة دون أن يعنى مطلقاً أن العقوبة قد وضعت من بين أهدافها فكرة التقابل بينها وبين الجريمة. فهذا التقابل هو مجرد أسلوب لرد الفعل ضد الجريمة وليس هدفاً في حد ذاته.

Baumarn: Problèmes réels et faux problèmes de la réforme du droit en république fédérale (١) d'Allemagne, Rev. Sc. Crim. 1970, p.815.

(٢) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لتقى الدين بن تيمية، مراجعة على سامي النشار وأحمد زكي عطية، طبعة ١٩٥١ ص ١٠٥.

ويلاحظ أن عقوبة الإعدام تعتمد أساساً على فكرة الردع العام ولا تخلو من تأثير بفكرة المقابل من الجريمة ، لأن أثر هذه العقوبة ينصرف نحو ضبط سلوك الغير ولا توقع عادة إلا كمقابل للجرائم البالغة الجسامه^(١).

وقد اعتبرت السياسة التقليدية الجديدة ، العدالة هدفاً للعقاب ، وهو أمر لا يمكن تحقيقه في حد ذاته طالما كان الهدف الأصلي من العقاب هو تغيير السلوك الإنساني داخل المجتمع . على أنه لا مانع من اعتبار الشعور بالعدالة مجرد قيمة اجتماعية ، يحسن أن يشعر بها المجرم ، ولكن ذلك يتوقف على ما لديه من إحساس واضح بالقيم الاجتماعية ، ولهذا فإن الشعور بالعدالة في حد ذاته لا يجدي في حمل الجاني على عدم العودة إلى الجريمة ما لم يتم تربيته اجتماعياً بالقيم الخلقية ، وهو ما يتوقف على الهدف الأصلي للعقوبة وهو الردع الخاص .

ومع ذلك ، فإنه إذا كان من غير الممكن أن نجعل العدالة هدفاً للعقاب ، فإنه لا يجوز أن يصطدم العقاب باعتبارات العدالة . وهنا ينظر إلى العدالة بوصفها قيمة اجتماعية استقرت في ضمير الجماعة وأصبحت تساعد على اتسام السلوك الاجتماعي للأفراد والجماعات ، وتساهم في تحديد الغايات المرغوبة اجتماعياً والوسائل المقبولة لتحقيق هذه الغايات . ولما كانت الحماية الاجتماعية هي الهدف من السياسة الجنائية ، فلا يقبل الالتجاء إلى وسائل يأبأها المجتمع وينفر منها ، ومن هذه الوسائل كل ما يناقض العدالة .

وبناء على ذلك ، فإن تفريد العقاب من أجل إصلاح المجرم يجب ألا يبنى على وسائل غير عادلة ، ولذلك قيل بأنه لا يجوز أن يبلغ حد الجسامه إلا بالقدر الضروري لتحقيق أهداف العقاب^(٢) . فالتناسب عند الحكم بالعقوبة لا يكون بين العقوبة والجريمة ، وإنما بين العقوبة والعناصر التي يتوقف عليها تحقيق أهدافها وهي الخطورة الإجرامية وجسامه الجريمة . فالخطورة تبين مدى استعداد المجرم لمزيد من الإجرام ، وجسامه الجريمة تكشف عن مدى الخطورة . والواقع من الأمر ، فإنه كلما نمت الشعور الاجتماعية على ضوء المعطيات العلمية الحديثة واستقر في الأذهان أن العقاب يهدف إلى

Hulsman, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1970, p.514.

(١)

Hulsman, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1970, p.622.

(٢) انظر:

علاج أسباب الإجرام عند المجرم ، كلما تغير معيار العدالة بين أفراد المجتمع فلا يتوقف على التناسب بين العقوبة والجريمة ، وإنما بين العقوبة من ناحية ، والخطورة الإجرامية وجسامة الجريمة من ناحية أخرى . وفي هذه الحالة سوف يتطابق معنى العدالة مع المعايير العلمية للعقاب . فالعقاب غير العادل سوف يكون هو العقاب غير الملائم من الناحية العلمية ، والعقاب العادل هو العقاب الفعال .

٢١٧- مدى دستورية المسؤولية الجنائية للشخص المعنوى:

يثار البحث حول مدى دستورية المسؤولية الجنائية للشخص المعنوى ، باعتبار أن هذه المسؤولية تؤدي إلى الحكم بعقوبات على الشخص المعنوى تصيب في النهاية بحكم اللزوم أعضاء الشخص المعنوى والعاملين فيه ، الأمر الذى يثير بالتالى شبهة المساس بمبدأ شخصية العقوبة .

وتنقسم المسؤولية الجنائية للشخص المعنوى فى القانون المصرى إلى نوعين :

(١) مسؤولية غير مباشرة ، تتوقف على صدور حكم بمعاقبة أحد العاملين لدى الشخص المعنوى تترتب بعدها مسؤولية هذا الشخص المعنوى . فمسؤولية هذا الأخير ليست مستقلة عن مسؤولية الشخص المعنوى ، بل هى تابعة له وتدور معه وجودا وعدما . ومثال ذلك ، المادة ٢٠٠ من قانون العقوبات^(١) ، والمادة ١١ من القانون رقم

(١) تبدو هذه المسؤولية فى حالتين هما :

(أ) إذا حكم على رئيس التحرير أو المحرر المسئول أو الناشر عن جناية ارتكبت بواسطة جريدة أو فى الجرائد المنصوص عليها فى المادة ١٧٩ عقوبات (إهانة رئيس الجمهورية) ، والمادة ٣٠٨ عقوبات عقوبات (العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الماس بالأعراض) ، فإنه يحكم وجوباً على الشخص المعنوى بعقوبة تعطيل الجريدة لمدة شهر بالنسبة للجرائد التى تصدر ثلاث مرات فى الأسبوع أو أكثر ولمدة ثلاثة أشهر بالنسبة للجرائد الأسبوعية ولمدة سنة فى الأحوال الأخرى .

(ب) إذا حكم على رئيس التحرير أو المحرر المسئول أو الناشر عن جريمة ارتكبت بواسطة الجريدة غير الجرائد المذكورة فى الحالة السابقة ، يجوز معاقبة الشخص المعنوى صاحب الجريدة بتعطيل الجريدة لمدة لا تتجاوز نصف المدة المقررة فى الحالة السابقة . وإذا حكم بالعقوبة مرة ثانية فى جريمة مما ذكر فى الحالة الثانية وقعت أثناء الستين التاليتين لصدور حكم سابق بعقوبة مرة ثالثة فى جريمة مما ذكر فى الحالة الثانية وقعت فى أثناء الستين التاليتين لصدور الحكم الثانى وجب تعطيل الجريدة مدة تساوى المدة المنصوص عليها فى الحالة الأولى .

٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبي^(١)، والمادة ٦٨ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون سوق رأس المال^(٢)، والمادة ٩٦ من حماية البيئة الصادر بالقانون رقم ١٩٩٤^(٣).

(٢) مسئولية مباشرة لا تتوقف على مسئولية أحد العاملين في الشخص المعنوي ولم يعرف القانون المصرى هذه المسئولية من حيث المبدأ، ولكنه أقرها في الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع الغش والتدليس والمعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ (المادة ٦ مكررا «٢»)^(٤). وقد أقر قانون العقوبات الفرنسي الجديد (المادة ١٢١/٢) مبدأ المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وحدد في نصوص أخرى القواعد المتعلقة بطبيعة ونظام العقوبات القابلة للتطبيق على الشخص المعنوي. وقد سبق أن أقرت تشريعات بعض الدول مبدأ المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، كما هو الحال في الولايات المتحدة وكندا والمملكة المتحدة وهولندا. وقد سبق أن أوصت لجنة الوزراء بمجلس أوروبا في عامي ١٩٨١ و ١٩٨٨ بتطبيق المسئولية والجزاءات الجنائية على الشركات إذا تطلبت ذلك طبيعة الجريمة وجسامة خطأ الشركة، والنتائج التي تصيب المجتمع وضرورة منع الجرائم الأخرى^(٥).

(١) نصت على أن يكون المسئول عن الجريمة في حالة وقوعها من شخص اعتباري أو إحدى الجهات الحكومية أو وحدات القطاع العام أو وحدات قطاع الأعمال العام هو مرتكب الجريمة من العاملين لدى الشخص أو الجهة أو الوحدة مع مسئوليته.

(٢) نصت على مسئولية الشركة التضامنية عن الغرامات التي يحكم بها بالمخالفة لأحكام هذا القانون.

(٣) نصت على مسئولية الشركة التضامنية عن سداد الغرامات التي توقع تنفيذًا لأحكام القانون الصادر في شأن البيئة بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤.

(٤) نصت هذه المادة على أنه دون إخلال بمسئولية الشخص الطبيعي المنصوص عليها في هذا القانون، يسأل الشخص المعنوي جنائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إذا وقعت لحسابه أو باسمه بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه. ويحكم على الشخص المعنوي بغرامة تعادل الغرامة المعاقب بها عن الجريمة التي وقعت، ويجوز للمحكمة أن تقضى بوقف نشاط الشخص المعنوي المتعلق بالجريمة لمدة لا تزيد على سنة، وفي حالة العود يجوز الحكم بوقف النشاط لمدة لا تزيد على خمس سنوات أو بإلغاء الترخيص في مزاولة النشاط نهائيا.

(٥) انظر:

Frédéric Desportes et Francis le Guehec, le nouveau droit pénal, Tome I, Droit pénal général, 5 ènes édition, 1998, No. 570, 575.

وحول ما أثير من شبهة عدم دستورية المسؤولية الجنائية للشخص المعنوى بسبب مساسها بشخصية العقوبة نظرا إلى أن نتائجها تصيب كل من أعضاء الشخص المعنوى والعاملين بها، فإنه يلاحظ بادئ ذي بدء أنه لا يوجد ما يحول في جميع العقوبات دون مساسها بأسرة المحكوم عليه، بل إنها إذا قضى بها على شخص صاحب المنشأة الفردية، فإن غلق هذه المنشأة يؤثر على وظيفة العاملين بها.

وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسى إلى أنه لا يوجد أى مبدأ دستورى يقف دون الحكم بغرامة على الشخص المعنوى^(١) وسنحت الفرصة لعرض الموضوع على المجلس الدستورى^(٢) بمناسبة فحص طعن مقدم ضد مشروع القانون الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٩٨ بشأن دخول وإقامة الأجانب فى فرنسا، فقد نص على إعفاء بعض الشركات من العقاب عن جريمة مساعدة الأجنبى الذى يكون فى وضع غير قانونى، فقرر المجلس بأن هذا الإعفاء يخالف الدستور لأنه جاء لصالح شركات تحدد بطريقة تحكيمية بواسطة وزير الداخلية، ثم أضاف المجلس الدستورى بأن أهداف المشرع فى مجال الرقابة على المهاجرين من الأجانب يبرر وضع نظام للعقوبات يطبق على كل من الأشخاص الطبيعية و «الأشخاص المعنوية»، مما يميز للمشرع وضع القواعد المتعلقة بتحديد الجرائم والعقوبات القابلة للتطبيق عند وقوعها، وأنه يجوز للمشرع فى حدود احترام مبادئ المساواة والشرعية - والتي لم يحترمها مشروع القانون سالف الذكر، تقرير الإعفاء من العقاب لبعض الأشخاص الطبيعية أو « المعنوية ».

وواقع الأمر، أن مبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوى لا يؤدى فى حد ذاته إلى مخالفة مبدأ شخصية العقوبة، وإنما تقع هذه المخالفة إذا نص القانون على تنفيذ الغرامات المحكوم بها على الشخص المعنوى من الذمة المالية لأعضائه. ومن ثم، فلا يجوز عند تقرير مسؤولية الشخص المعنوى اعتبار الشركاء مسئولين بالتضامن وبصورة غير نهائية عن الغرامات المحكوم بها على هذا الشخص المعنوى، ولا يجوز تحميل مدير الشخص المعنوى بمبالغ الغرامات المحكوم بها على هذا الشخص المعنوى. ومن ناحية أخرى، لا يجوز فى حالة تقرير المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي تحميل الشخص

Décision No. 30 Juillet 1982, 82 - 143 Dc, Recueil jur. const. 1959 - 1993, p.130. (١)

Décision No.98 - 399 Dc du 5 Mai 1998, T.O. 12 Mai 1998, p.7092. (٢)

المعنوى بالتضامن مع ما يقضى به على الشخص الطبيعي من غرامات ما لم يثبت وجود خطأ من الشخص المعنوى كما إذا كان الشخص الطبيعي من أجهزة الشخص المعنوى أو ممثلاً له . وتنطوى المسؤولية الجنائية غير المباشرة للشخص المعنوى على عيب عدم الدستورية إذا أسست على مجرد مسؤولية الشخص الطبيعي العامل بها ، إذا لم يثبت أنه قام بها باسمها أو نيابة عنها ، إذ يجب أن يثبت صدور فعل مادي من الشخص المعنوى من خلال من يعمل باسمه أو نيابة عنه ، وإلا أضحت مسؤوليته عن فعل الغير^(١).

(١) انظر مثالا لذلك مسؤولية رئيس الحزب (دستورية عليا في ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢) حيث كانت مسؤولية رئيس الحزب تدور وجودا وعدما مع مسؤولية رئيس التحرير.

القسم الثانى

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات
فى قانون الإجراءات الجنائية

٢١٨ - تمهيد:

فرغنا في القسم الأول من هذا الجزء الثاني من بحث الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في قانون العقوبات . ونخصص هذا القسم الثاني لبحث الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في قانون الإجراءات الجنائية . وترتكز الضمانات في هذا القانون على القيم الدستورية التي تتمتع بها الحقوق والحريات . فيتركز دور المشرع الإجرائي الجنائي على تنظيمها ورسم حدودها ، ويقع على القاضي الجنائي مسؤولية تطبيقها . ويتقاسم كل من المشرع والقاضي مسؤولية توفير تطبيق هذه الضمانات في إطار التوازن بينها وبين سائر القيم الدستورية .

ويضم هذا القسم ثلاثة أبواب :

(الأول) : الأصل في المتهم البراءة .

(الثاني) : القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات .

(الثالث) : ضمانات المحاكمة المنصفة .

الباب الأول

الأصل في المتهم البراءة

الفصل الأول

أساس أصل البراءة وطبيعته

٢١٩- أصل البراءة حق يحميه الدستور

الأصل في المتهم البراءة يشير إلى حالة مؤقتة وغامضة يمر بها المتهم، قبل أن تتأكد براءته مما هو منسوب إليه وقبل أن يتم التحقق من إدانته. ويعتبر هذا الأصل مبدأ أساسيا في النظام الديمقراطي للإجراءات الجنائية، ومن مفترضات المحاكمة المنصفة. وقد وصفه مجلس اللوردات بأنه خيط ذهبي في نسيج ثوب القانون الجنائي^(١). وأيا كان اختلاف القوانين في وضع أصل البراءة في الهيكل الهرمي للنظام القانوني، فإنه يعتبر من حقوق الإنسان، ومن الحقوق «الأساسية» في الدساتير التي أخذت بهذا التعبير، ومن الحقوق التي تنال الحماية الدستورية، فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ على أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات للدفاع عنه (١١/١). وقد أكد هذا المبدأ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦ بإجماع الآراء (المادة ١٤). كما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لسنة ١٩٥٠ (المادة ٦). وقد أكدته مشروع حقوق الإنسان والشعب

J. Spencer, "Le droit anglais" Revue International de droit pénal, 1992 (vol. 1 et 2) "la pre-(١) vue en procédure pénal comparée, p. 83 et 90.

في الوطن العربي الذي وضعه مؤتمر الخبراء العرب الذي انعقد في المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية في سيراكوزا في ديسمبر سنة ١٩٨٥ ، إذ نص في (المادة ٢/٥) على أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي صادر من محكمة مختصة . ويعتبر هذا الأصل مبدأ أساسيا لضمان الحرية الشخصية للمتهم ، ومقتضاه أن كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها يجب معاملته بوصفه شخصا بريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات . وقد أكد هذا المبدأ الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٧١ (المادة ١/٣٤) ، والتونسي (الفصل رقم ١٢) ، والسوري (المادة ١/١٠) ، والليبي (المادة ١٥) .

ويتفق هذا المبدأ مع أصول الشريعة الإسلامية الغراء ، فقد ورد في الحديث الشريف «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» .

٢٢٠- تاريخه

كانت المجتمعات البدائية تخضع لتأثير المعتقدات الدينية . ووفقا لذلك كان المتهم تفترض فيه الإدانة ، وكان إثبات البراءة عبئا عليه ، ونظرا لشدة عقوبة اليمين الكاذبة ، فقد كان اليمين يعتمد أساسا على قيمة اليمين التي يحلفها المتهم مؤيدة ببعض التعاويذ الدينية ، وفي كثير من الأحيان ، كان العقاب يعتمد على التحكيم الإلهي المتمثل في اتخاذ إجراءات ماسة بالحرية مثل التعذيب والتقاتل^(١) .

وفي القانون الروماني ، حينما كانت المحاكمة تتم بإجراءات شفوية علنية كان الأصل في المتهم البراءة ، وعلى سلطة الاتهام إثبات العكس ، وعندما اختفى نظام الإجراءات الشفوية العلنية ، وحلت محلها الإجراءات المكتوبة ، أصبح من سلطة القاضي أن يطلب من المتهم تقديم إيضاحات عن موقفه وإلقاء عبء الإثبات عليه ، وذلك عن طريق افتراض الجرم في حقه .

على أن قوانين الإجراءات الجنائية الوضعية لم تتبع في تطورها خطا واحدا مستمرا .

lévy - Bruth, La preuve judiciaire, Paris, 1963, p. Garraud, Traité théorique d'instruction (١) criminelle et de procédure pénale, Paris, 1907-1928 tome 1, No. 12, p. 14.

فقد تأثر موقفها إلى حد كبير بطبيعة النظام الإجرائي الذي تعتنقه^(١)، وهو ما يتوقف على نظامها القانوني للحريات العامة.

ففى ظل النظام الاتهامى ، كان مجرد توجيه الاتهام يمثل مساسا بالحرية الفردية ، ويلزم ممثل الاتهام بتقديم الدليل على صحة دعواه . وكان يفترض فى المتهم البراءة حتى يثبت عكسها ، ولذلك كانت ضمانات الحرية الفردية هى السمة التى يتطبع بها هذا النظام . فكما قالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر لا يعدو أن يكون افتراض براءة المتهم ، أن يكون استصحابا للفطرة التى جبل الإنسان عليها ، وهو كذلك وثيق الصلة بالحق فى الحياة ، وبدعائم العدل التى تقوم على قواعدها النظم المدنية والسياسية جميعها . ومن ثم ، كان أصل البراءة جزءا من خصائص النظام الاتهامى^(٢).

ومنذ القرن الثالث عشر بدأ النظام الاتهامى فى الاضمحلال ، ليفسح المكان لنظام التحرى والتنقيب الذى تأكد تطبيقه بصورة كاملة منذ القرن السادس عشر ووضحت معالمه بوجه خاص فى القرن السابع عشر . وفى هذا النظام حلت قرينة الإثم أو الإذئاب "présomption de culpabilité" محل أصل البراءة . وقد تغلبت مصلحة المجتمع فى البحث عن الدليل لمعرفة الحقيقة على مصلحة الفرد فى حماية حريته الأساسية ، فكان عبء الإثبات يقع على النيابة العامة والقاضى . ولم يكن على المتهم عبء إثبات براءته إلا فى الجرائم الجسيمة مثل الشعوذة والسحر . والواقع من الأمر فى هذا النظام الإجرائى ، رغم إلقائه عبء الإثبات فى معظم الجرائم على عاتق النيابة العامة والقاضى ، إلا أنه لم يفترض براءة المتهم فيما يتعلق بالإجراءات الماسة بالحرية . ففى هذا الصدد افترض فيه الجرم ، فكان الأصل فى التحقيق هو القبض والحبس الاحتياطى حتى قيل بأن (من لا يبدأ بالقبض سوف يفقد المجرم) . وعلى الرغم من تمتع المتهم ببعض الضمانات فى هذا النظام الإجرائى إلا أن افتراض الجرم فى حقه أدى إلى مصادرة جانب كبير من حريته الفردية لصالح الاتهام . ويمكن القول بأن هذا النظام قد أخذ بكل من أصل البراءة وقرينة الجرم فى حدود معينة . فبالنسبة إلى عبء الإثبات ، الأصل

(١) Sasserath, procédure accusatoire et procedure inquisitoriale, Rev. Sc. Crim, 1925. p. et S.

Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France. Paris, p. 43 et s.

H. Faustin, Traité d'instruction criminelle, 2 ème édition, Paris, 1866 - 1867, Tome IV.

No. 1555 et 1560.

(٢) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، القضية رقم ٢٩

لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية ، العدد (٣) فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ .

في المتهم البراءة. ومن ثم فهو ليس مكلفا بإثبات براءته. أما بالنسبة إلى الحرية الفردية، فالأصل في المتهم هو الجرم ولذلك يميز إهدار حريته الفردية في أثناء التحقيق حتى يثبت عكس هذا الأصل.

ومنذ القرن الثامن عشر بدأت الانتقادات توجه إلى مظاهر المساس بالحرية الفردية في النظام الإجرائي، وانتشرت الأفكار الفلسفية التي تنادي باحترام هذه الحرية الفردية، ففي إيطاليا نادى بيكاريا في كتابه (الجرائم والعقوبات) لسنة ١٧٦٤ بأنه لا يجوز وصف شخص بأنه مذنب قبل صدور حكم القضاء، وأنه لا يجوز للمجتمع أن يسحب حمايته إياه قبل إتمام محاكمته عن الجريمة المنسوبة إليه^(١).

وانتقد بيكاريا بشدة استعمال التعذيب عند التحقيق مع المتهم، قائلا إن من نتائجه الغريبة أن يكون المجرم في وضع أحسن حالا من البريء، لأن الثاني قد يعترف بالجريمة تحت وطأة التعذيب فتتقرر إدانته، أما الأول فإنه قد يختار بين ألم التعذيب وألم العقوبة التي يستحقها فيختار الألم الأول لأنه أخف لديه من ألم العقاب فيصمم على الإنكار وينجو من العقوبة^(٢). وقال مونتسكيو في كتابه (روح القوانين) بأنه عندما لا تضمن براءة المواطنين فلن يكون للحرية وجود^(٣).

وقد جاء إعلان حقوق الإنسان الصادر في سنة ١٧٨٩ إبان الثورة الفرنسية مؤكدا مبدأ الأصل في الإنسان البراءة حتى تتقرر إدانته (المادة ٩)، ثم تأكد هذا المبدأ بعد ذلك في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في سنة ١٩٤٨.

ويعتبر هذا المبدأ من الأصول الأساسية في النظم الإجرائية المعاصرة. وقد انعكس هذا المبدأ في العهود التي لم تنل فيها الشرعية احترامها الواجب. وقد تجلّى ذلك في الاتحاد السوفيتي في عهد ستالين، وخاصة في سنة ١٩٣٠ فيما يتعلق بجنايات الاعتداء على الثورة. فقد كان من المقرر في هذه الجرائم بأن الاتهام يعتبر أساسا كافيا للاقتناع، وأن اعتراف المتهم بالإضافة إلى ذلك - يعتبر دليلا ملائما للإدانة لأنه - كما يقال - لا يمكن أن يعترف أحد بمثل هذه الجنايات ما لم يكن مذنبا في حقيقة الواقع.

BECCARIA, Introduction de MARC ANCEL et G.STRFANI, éd cujas, Paris, 1966, 82. (١)

BECCARIA, op. cit., p.85. (٢)

Montesquieu, De l'esprit des lois, éd. Garnier, 1965, livre, XII, Chap. II, p.196 et s. (٣)

٢٢١- الأساس القانوني لأصل البراءة

يعتبر هذا الأصل ركيزة أساسية للشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية. وتتوافق هذه الركيزة مع الركيزة الأولى للشرعية الدستورية في قانون العقوبات، وهي شرعية الجرائم والعقوبات، ذلك أن تطبيق قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني» يفترض حتما قاعدة أخرى، هي افتراض البراءة في المتهم حتى يثبت جرمه وفقا للقانون. وقد عنى البعض^(١) عند التعليق على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بأن يشير صراحة إلى أن المعنى الحقيقي لقاعدة «شرعية الجرائم والعقوبات» يتمثل في ضمان أصل البراءة لكل متهم.

هذا، وقد أكد المؤتمر الذي عقدته الجمعية الدولية لرجال القانون في نيودلهي في عام ١٩٥٩ أن تطبيق مبدأ الشرعية ينطوي على الاعتراف بقاعدة أن المتهم تفترض براءته حتى تتقرر إدانته^(٢).

وقد ذهب البعض^(٣) إلى أن أصل البراءة مثال واضح للحيلة القانونية^(٤). فمن الناحية الواقعية يبدو واضحا أن القانون قد وضع بهذا الأصل قناع البراءة على المتهم بغض النظر عن الوقائع المنسوبة إليه وأدلتها، بقصد ترتيب نتائج قانونية معينة. وتبدو هذه النتائج في الحرية الشخصية التي يجب أن يتمتع بها المتهم خلال الخصومة الجنائية، والتي يترجمها القانون إلى ضمانات لتوفير محاكمة منصفة. كما أن أصل البراءة يؤثر في قواعد الإثبات فيخضع المتهم للمعاملة التي تتفق على افتراض براءته. على أن القانون لا يثبت عند منطلق الحيلة القانونية، فيضع ثغرة تتخلل هذا المنطق حين تقتضى ضرورة التحقيق تقييد حرية المتهم في حدود معينة قبل الحكم بإدانته. على أن هذا الرأي مردود عليه بأن أصل البراءة حق من حقوق الإنسان وليس أمرا مصطنعا.

والواقع من الأمر، أن حماية الحقوق والحريات التي كفلها الدستور لكل مواطن،

(١) KAREL VASAK, La convention Européenne droits de l'homme, Paris 1964, p.48-49. (١)
vasak, op. p.18.

(٢) R. Koering - Joulin, La presumption d'innocence (La présomption d'innocence en : (٢)
droit comparé, colloque du 16 janvier 1998, pp. 24-26, Société de législation compa-
ré, 1998, pp. 24-26.

(٤) قال العميد Corni إن الحيلة القانونية هي أحد أكاذيب القانون "Un mensonge de la loi"
Vocabulaire juridique, Association H capitant, 36d., Revue puf, 1987, v. "fiction"

تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة منصفة . وإذا كانت قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات قد أكدت أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب ، فإنه استنتاجا من هذا الأصل ، يجب النظر إلى الإنسان بوصفه بريئا ، فكلاهما وجهان لعملة واحدة^(١) . ولا تنتفى هذه البراءة إلا عندما يخرج الإنسان من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم ، وهو ما لا يمكن تقريره إلا بمقتضى حكم قضائي وفقا للدستور^(٢) . فهذا الحكم هو الذى يقرر إدانة المتهم فيكشف عن ارتكابه الجريمة . لذا حق القول بأن المتهم برىء حتى تتقرر إدانته . والاعتماد على الحكم وحده لدحض أصل البراءة يُبنى على أن القضاء هو الحارس الطبيعى للحرية ، فيملك بناء على هذا الأصل تحديد المركز القانونى للمحكوم عليه بالنسبة إلى الحقوق والحريات . فيكون الانتقال من هذه الحقوق والحريات هو الجزء الجنائى المترتب على إدانته بالجريمة التى ارتكبها . ولهذا أصبح أصل البراءة أحد الركائز الجوهرية التى لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها ، وأمرًا لازماً لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة^(٣) . وقد ساق الفقه^(٤) بعض الاعتبارات المكملة تأييدا لهذا الأصل العام يمكن إجمالها فيما يلي :

(١) حماية أمن الأفراد وحريتهم الفردية ضد تحكم السلطة عند افتراض الجرم في حق المتهم .

(٢) تفادى ضرر لا يمكن تعويضه إذا ما ثبت براءة المتهم الذى افترض فيه الجرم وعومل على هذا الأساس .

(٣) يتفق هذا الأصل العام مع الاعتبارات الدينية والأخلاقية التى تهتم بحماية الضعفاء .

(٤) يسهم هذا الأصل في تلافى الأخطاء القضائية بإدانة الأبرياء ، وخاصة أن هذه الأخطاء تفقد الثقة في النظام القضائى في نظر المجتمع .

(١) ولهذا قيل بأن البراءة تتفق مع طبيعة الأشياء : Rossi; Commentaires sur J. Bentham, Traité des preuves judiciaires, 2ème éd, Paris, 1830, II, pp. 23 et 24.

(٢) وذلك طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، ولأن القضاء هو الحارس الطبيعى للحريات .

(٣) انظر في عرض هذه الاعتبارات .

J. Essaid; La présanption d'innocence, thèse dacty, Paris, 1969, pp. 75 - 82.

(٤) دستورية عليا في ٣ يناير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» .

(٥) استحالة تقديم الدليل السلبي ، وفي هذا الشأن يقول بعض الفقهاء إنه إذا لم تفترض البراءة في المتهم ، فإن مهمة هذا الأخير سوف تكون أكثر صعوبة لأنه يلتزم بتقديم دليل مستحيل وفقا للقواعد المنطقية ، فالمتهم سوف يكون ملزما بإثبات وقائع سلبية ، وهو دليل يستحيل تقديمه . ويترتب على ذلك أن يصبح المتهم غير قادر على إثبات براءته مما يؤدي إلى التسليم بجرمه حتى ولو لم يقدم ممثل الاتهام دليلا عليه^(١).

٢٢٢- الاعتراضات الموجهة إلى أصل البراءة

انتقد مؤسسو المدرسة الوضعية في القانون الجنائي أصل براءة المتهم بسبب طبيعته المطلقة التي تؤدي في نظرهم إلى نتائج مبالغ فيها ، وتتمثل أهم هذه الانتقادات فيما يلي^(٢):

(١) افتراض البراءة لا يصلح إلا بالنسبة إلى المجرم بالصدفة أو بالعاطفة ، ويتعين رفضه بالنسبة إلى المجرم بالميلاد والمجرم المحترف .

(٢) يؤدي افتراض البراءة في المتهم إلى منح المجرمين نوعا من الحصانة غير المرغوب فيها مما يضر بالمجتمع .

(٣) أثبت العمل دحض هذا الافتراض لأن معظم المتهمين تتقرر إدانتهم .

٢٢٣- الرد على الاعتراضات

يمكن الرد على هذه الاعتراضات بأن التمييز بين أنواع المجرمين لا يرد إلا بعد إثبات إدانتهم وليس في مرحلة الاتهام ، فضلا عن أنه من الخطأ الاعتماد على هذا التقسيم العلمي في نطاق الإجراءات الجنائية ؛ لأن القدرة على تصنيف المجرمين - بفرض صحة هذا التصنيف لا يمكن أن تأتي إلا في مرحلة متأخرة وبعد بحث دقيق لشخصيتهم^(٣).

Polkansky; La présomption d'innocence dans la procédure pénale soviétique, Rev l'Etat et (١) le droit soviétique No.9 Septembre 1949, p.3 et s.

Enrico Ferre; La sociologie criminelle, 2ème édition, Paris, 1914, No.73, p. 492 et s. 492 (٢) et s. Tarde; philosophie pénale, 1900, p. 451.

Merle et Vitu, Traité, 2ème édition, Tome II p. 133.

(٣)

وليس صحيحا أن افتراض البراءة يعطى للمجرمين نوعا من الحصانات، فهي حصانة للناس جميعا ضد التحكم والتعسف وهي ضمان أكيد للحرية الأساسية للأفراد.

أما القول بأن معظم المتهمين تتقرر إدانتهم، فهو فضلا عما يعوزه من دقة، فإنه مردود من الناحية النظرية بأن الحكم ببراءة بعض المتهمين أكد صحة افتراض براءتهم منذ توجيه الاتهام إليهم. وخير للمتهم أن يفلت من العقاب من أن يدان ببراءة واحد. وربما لو أهدرنا هذا الافتراض لما حكم ببراءتهم تحت الاعتقاد الخاطئ بإدانتهم. وإذا تحققت إدانة معظم المتهمين المقدمين إلى المحاكمة، فإن ذلك يرجع إلى دقة سلطة الاتهام في عدم رفع الدعوى الجنائية عليهم إلا بناء على أدلة كافية، وهي دقة معرضة للخطر إذا ما انهار «الأصل في الإنسان البراءة»، وأصبح من السهل إدانة المتهم بناء على مجرد شبهات.

وأخيرا، فإنه إذا كانت المصلحة العامة في إدانة المجرمين ومعاقبتهم، فإن هذه المصلحة تتعارض أيضا مع الاعتداء على حريات الأبرياء، والدفاع عن هذه الحريات في مجال إثبات الإدانة على وجه قطعي لا يعتبر قيда على المصلحة العامة، لأن المصلحة المحمية وهي الحرية الشخصية هي مصلحة تهتم المجتمع بأسره ولا تقل أهمية عن المصلحة العامة في معاقبة المجرمين. وهذا المعنى هو ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية في قولها (لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق)^(١).

٢٢٤- طبيعة أصل البراءة

ذهب البعض إلى أن «الأصل في المتهم البراءة» يعتبر قرينة قانونية بسيطة^(٢)، والقرينة هي استنتاج مجهول من معلوم، والمعلوم هو أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم

(١) نقض ٢١ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة الأحكام من ٩ رقم ٢٠٦ ص ٨٣٩، وفي ذات المعنى نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ من ١٦ رقم ٢١ ص ٨٧ و ٢١ يناير سنة ١٩٦٧ من ١٨ رقم ٢٤ ص ١٢٨ و ١٥ فبراير سنة ١٩٨٤ من ٣٥ رقم ٣١ ص ١٥٣.

(٢) ESSAID, La presumption d'innocence, Thèse, op. cit., pp.73 et 74.

وانظر مؤلفنا في الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٦ ص ١٨٦.

يتقرر العكس بحكم قضائي وبناء على نص قانوني وقوع الجريمة واستحقاق العقاب ،
والمجهول المستتج من هذا الأصل هو براءة الإنسان حتى تثبت إدانته بحكم قضائي .

إلا أن المحكمة الدستورية العليا انتهت إلى أن افتراض البراءة لا يتمحض عن قرينة
قانونية ، ولا هو من صورها ، على أساس أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات
من محله الأصلي - ممثلا في الواقعة مصدر الحق المدعى به - إلى واقعة أخرى قريبة منها
متصلة بها ، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم
القانون ، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور ، فليس ثمة واقعة
أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلا عنها ، وإنما يؤسس افتراض البراءة على
الفطرة التي جبل الإنسان عليها ، فقد ولد حرا مبرا من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض
على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامنا فيه ، مصاحبا له فيما يأتيه من
أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم - لا رجعة فيه - هذا الافتراض ، على
ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من
أركانها ، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها^(١) . ولهذا انتقدنا الرأي الذي نادى
باعتبار أصل البراءة (أو قرينته) حيلة قانونية قائمة على الاصطناع .

وقد أكد الدستور المصري لسنة ١٩٧١ هذا الأصل ، فنصت مادته السابعة والستون
على أن (المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع
عن نفسه) وقد سلم بهذا الأصل كل من النظام القانوني الأنجلوسكسوني والنظام
القانوني اللاتيني^(٢) .

ولا يكفي لدحض هذا الأصل أدلة الإثبات الواقعية المقدمة من النيابة العامة ،
وبواسطة الإجراءات التي يباشرها القاضي الجنائي بحكم دوره الإيجابي في إثبات
الحقيقة . بل يظل هذا الأصل قائما رغم الأدلة المتوافرة والمقدمة من أجل دحضه ، حتى
يصدر حكم قضائي بات يفيد إدانة المتهم . فالقانون يعتبر الحكم القضائي البات
عنوان حقيقة لا تقبل المجادلة .

(١) دستورية عليا في ٣ يولية سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٥ سنة ١٦ قضائية «دستورية» .
(٢) انظر تقريراً عن بلاد Common law عن البلاد الأوروبية في المجلة الدولية لقانون العقوبات لسنة ٦٤
(١٩٩٢) ص ٣٣ ، ٥٥ .

وبهذا الحكم ينقضى أصل البراءة وتتوافر قرينة قاطعة على حقيقة ما قضى به الحكم . وهذه القرينة القاطعة وحدها هي التي تصلح لإهدار الأصل في المتهم البراءة إذا كان الحكم البات قاضيا بالإدانة . فلا يكفي إذا لدحض هذا الأصل مجرد قرائن الإثبات الأخرى ، سواء كانت من القرائن القانونية – البسيطة أو القاطعة – أو القضائية . وهذا الأصل العام تمتد آثاره إلى كل من إثبات الجريمة أو إثبات أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية .

فإدانة المتهم تتوقف على انتفاء الإباحة وعدم توافر موانع المسؤولية . وعلى النيابة العامة في مقام الإثبات أن تقدم ما ينقض أصل البراءة الذي لا يكون إلا من خلال حكم قضائي بات بإثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم مع تقرير مسئوليته وعدم توافر أحد أسباب الإباحة^(١) .

ولما كان أصل البراءة ليس إلا تأكيداً لأصل عام هو حرية المتهم ، فإنه يترتب عليه ضرورة حماية جميع الحقوق والحريات ، والتي بغيرها يفقد أصل البراءة معناه ، لأن الحرية لا يمكن أن ترتفع من خلال انتهاكات للحقوق والحريات التي تكون معها وحدة متكاملة هي كرامة الإنسان . فلا معنى لأصل البراءة إذا أجريت المحاكمة من خلال إجراءات لا تحترم فيها حقوق الدفاع . وهذا هو ما أدركته توصيات الحلقة التمهيدية للمؤتمر الدولي الخامس عشر لقانون العقوبات المنعقدة في أسبانيا في مايو سنة ١٩٩٢ التي بحثت موضوع حركات إصلاح الإجراءات الجنائية وحماية حقوق الإنسان . وقد ظهر هذا المعنى واضحاً فيما نصت عليه (المادة ٦٧ / ١) من الدستور المصري التي أوجبت أن تثبت إدانة المتهم في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه . ومؤدى ذلك أن المحاكمة (القانونية) أي المنصفة – أي التي تحترم فيها سائر حقوق المتهم – شرط لازم لثبوت الإدانة التي تنفى أصل البراءة . ومن ثم فإن الأصل لا يتنفي بمجرد إحالة المتهم إلى المحاكمة^(٢) ، بل يتوقف أمر انتفائه على صدور حكم بات بالإدانة .

ولما كان أصل البراءة لا يتحقق بدون هذا الحكم فلا يجوز توقيع جزاءات أخرى

(١) انظر توصية ندوة Toled بأسبانيا في مايو سنة ١٩٩٢ تحضيراً للمؤتمر الدولي الخامس عشر لقانون العقوبات المزمع عقده في البرازيل سنة ١٩٩٤ .

(٢) J. Pradel, Rapport général, Rev. Inter. dr. pén, 63 année (1992), p. 15.

بديلا عن رفع الدعوى أمام المحكمة، مثل الالتزام بدفع غرامة معينة قبل ثبوت الإدانة بحكم أو الالتزام بدفع مصروفات إجراءات الدعوى قبل المحاكمة، أو توقيع جزاء إدارى بغير ثبوت الإدانة وفقا للقواعد المقررة فى القانون التأديبى .

ومن الناحية الحرفية، لا يتمتع بأصل البراءة سوى المتهمين بجريمة، إلا أنه - كما لاحظ القضاء الأوروبى بعد تردد - فإن أصل البراءة يمكن التمسك به فى مواجهة أى شخص ينسب إليه أحد أجهزة الدولة اتهاماً، فلا ينحصر أصل البراءة فى إجراءات الخصومة الجنائية حين تتحرك الدعوى الجنائية، بل ينعكس أيضا على إجراءات الاستدلال، وإجراءات المحاكمة التأديبية، وأكثر من ذلك، فإن لجنة حقوق الإنسان فى استراسبورج أكدت منذ سنة ١٩٦٧ بأنه لا يجوز فى مؤتمر صحفى نظمه وزير الداخلية إثر وقوع جريمة قتل أن يصدر إعلانا للرأى العام بأن شخصا معيناً باسمه قد حرض على ارتكاب الجريمة، لما ينطوى عليه هذا الإعلان من انتهاك لأصل (قرينة) البراءة.

ومن ناحية أخرى، فإن مجرد الحكم البات بالإدانة وحده كاف لسقوط أصل البراءة. أما قدر العقوبة أو نوعها فلا يتعلق بهذا الأصل، فيجوز للقاضى بعد ثبوت الإدانة أن يستمد من شخصية المجرم عناصر لتقدير العقوبة، وهى عناصر لا تصلح لإثبات الإدانة ابتداء، فمجرد سوء سمعة المتهم أو سبق ارتكابه للجريمة لا يصلح دليلا لإدانته عن الجريمة، وإن صلح عنصرا فى تقدير العقوبة. وقد قررت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان المكلفة بتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أن قرينة البراءة - من الناحية القانونية - لا تقف أمام تشديد العقوبة فى مرحلة الاستئناف^(١). كما أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن افتراض براءة المتهم يمثل أصلا ثابتا يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها وليس بنوع العقوبة المقررة لها.

ومع ذلك، فقد لوحظ أنه إذا أريد احترام أصل البراءة احتراما حرفيا، فسوف يضحى اتخاذ الإجراءات الجنائية أمرا مستحيلا^(٢). ولهذا فإن المضمون الواقعى العمل

(١) القرار الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧، أشار إليه Antoine Buchet, La presumption d'innocence au regard de la convention Européenne des droit de l'homme La presumption d'innocence, colloque, op. cit., p. 30.

(٢) Veluet R. Ergéc, La convention Européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 1990, p.41.

(٣) Stefan Trechsel, The protection of human rights in criminal.

Procedures, Rev. int droit pénal, 1978, p. 554 et 555.

لهذا الأصل يتوقف على ضمانات الحقوق والحريات التي تحيط بتطبيق هذه القرينة^(١). فأصل البراءة يعنى أن المتهم يجب معاملته مثلما يعامل الأبرياء ، ومن ثم فإن الأصل هو تمتعه بجميع الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ونظمها القانون . إلا أنه لما كانت نصوص الدستور متكاملة مترابطة ، وكان الدستور كما كفل الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان كفل أيضا التجريم والعقاب ، (المادة ٦٦ من الدستور) وكفل المحاكمة عن الجرائم حين نص على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي (المادة ٦٦ من الدستور) ، فإن الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية تتطلب الموازنة بين احترام الحقوق والحريات الأساسية وكفالة الإجراءات التي تتخذ تجاه المتهم .

ويعتبر أصل البراءة مجالا لتحديد التوازن بين الأمرين السابقين ، فالمقصود هنا هو بحث وضع الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية ، وليس بحث الشرعية الدستورية على إطلاقها . ولو بحثنا هذه الشرعية خارج مجال الإجراءات الجنائية لوجب دراسة جميع الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية . أما وأن البحث ينصب على الشرعية الدستورية في مجال الإجراءات الجنائية ، فإن دراسة هذه الحقوق والحريات لا تكون بصفة مجردة ، وإنما تكون في ضوء ما تتعرض له من خلال الإجراءات الجنائية . فيكون مقطع البحث وغايته هو معرفة هذه الحقوق في حالة المواجهة مع الإجراءات الجنائية ، فتكون قيمتها الدستورية خير عاصم في مواجهة المشرع حين يحدد إجراءات الخصومة الجنائية . ويأتى أصل البراءة الذي نص عليه الدستور ليحدد إطار المواجهة بين حقوق محميها الدستور وإجراءات جنائية ترتكز على أساس الدستور .

ويتعين التوفيق بين الأمرين واحترامهما معا دون تفريط في أحدهما على حساب الآخر . ويتم هذا التوفيق عن طريق الاعتماد على أصل البراءة في تحديد الإطار القانوني الذي يتم بداخله تنظيم ممارسة المتهم لحرية الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان في

(٣) أكد المؤتمر الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد في هامبورج سنة ١٩٧٩ أن قرينة البراءة هي مبدأ أساسي في العدالة الجنائية ، وتتضمن :

- (أ) لا يجوز إدانة أحد ما لم تتم محاكمته طبقا للقانون في محاكمة منصفة (fair trial) .
- (ب) لا يجوز توقيع عقوبة جنائية أو أى جزاء مماثل على شخص ما لم تثبت إدانته طبقا للقانون .
- (ج) لا يلتزم أحد بإثبات براءته .
- (د) في حالة الشك يكون القرار لمصلحة المتهم .

ضوء متطلبات الخصومة الجنائية ، ويتمثل هذا الإطار القانوني في شكل الضمانات التي تكفل حماية الحرية الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان عند اتخاذ أى إجراء جنائي ضد المتهم .

فالقانون ينظم استعمال الحرية الشخصية للمتهم داخل الخصومة الجنائية في ضوء أهداف الخصومة الجنائية . ويجب ألا يتجاوز هذا التنظيم القانوني أصل البراءة ، وذلك بإحاطة الإجراءات التي يسمح بها القانون بضمانات معينة تكفل حماية حقوق المتهم وحرياته والتي يارسها بوصفه بريثا .

فكل إجراء جنائي يسمح به القانون يجب أن يكون مقيدا بهذه الضمانات درءا للخطر في مباشرته وإلا كان مخالفا لأصل البراءة . والإجراء الجنائي الذي ينص عليه القانون دون أن يكون محاطا بهذه الضمانات ، يكون اعتداء تحكما ومخالفا لأصل البراءة ، مما يعتبر اعتداء على الشرعية الدستورية .

فالتخاذ الإجراءات الجنائية لا يجب أن يتم بعيدا عن الشرعية الدستورية ، فهذه الشرعية تقوم على أصل البراءة ، وهذا الأصل كما بينا يحدد نطاق أى إجراء جنائي من خلال الضمانات المقيدة له . وفي هذا الصدد يتحقق التقاء بين قانون العقوبات عند التزامه بشرعية الجرائم والعقوبات ، وقانون الإجراءات عند التزامه بأصل البراءة . فالأول فيما يقرره من جرائم وعقوبات يتقيد باحترام الحريات العامة التي كفلها الدستور ، فلا يجوز تجريم أى فعل مما يعتبر استعمالا لإحدى هذه الحريات ، مثل حرية العقيدة ، وحرية الاجتماع ، وحرية تكوين الجمعيات والنقابات ، وحرية الصحافة . وبالمثل ، فإن قانون الإجراءات الجنائية فيما يقرره من إجراءات للخصومة الجنائية يلتزم باحترام الضمانات التي كفلها الدستور للحقوق والحريات ، بناء على أصل البراءة . فلا يجوز السماح بمباشرة أى إجراء جنائي ما لم يكن محاطا بهذه الضمانات^(١) .

وقد ثار البحث حول تأثير أصل البراءة على حق التعبير وحق الإعلام إذا حرمت

(١) تنظر الجمعية الوطنية الفرنسية حاليا (اعتبارا من أكتوبر سنة ١٩٩٨) مشروع قانون بتقوية حماية (قرينة) البراءة وحقوق المجنى عليه . وقد تضمن هذا المشروع لحماية أصل البراءة أربعة فصول ؛ فصل أول لتقوية حقوق الدفاع واحترام مبدأ مباشرة الإجراءات في حضور الخصوم ، ويتضمن نصوصا تتعلق بتدخل المحامي عند القبض على المتهم وأثناء التحقيق ونصوص توسع من نطاق حقوق الخصوم أثناء التحقيق ، وأخرى تتعلق بالشهود ؛ وقد تضمنت هذه النصوص إخطار الشهود المدعويين للشهادة أمام قاضى التحقيق الابتدائي ، بإمكان استدعائهم بالقوة في حالة تخلفهم وتمكين الشخص الذي يقدم ضده =

أجهزة الصحافة والإعلام حرمانا مطلقا من نشر أخبار القضايا الجنائية . ولا شك أن حرية التعبير مبدأ سام يحميه الدستور . وفي إحدى القضايا التي أدين فيها صحفي لنشره شكوى ضد أحد رجال السياسة ، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن حرية التعبير تعتبر أحد الركائز الأساسية للمجتمع الديمقراطي وأحد الشروط الرئيسية لتقدمه . وذهبت المحكمة إلى أنه إن كان لا يجوز للصحافة أن تنتهك واجب حماية سمعة الغير، إلا أن لها أن تنشر الأخبار والآراء حول المسائل السياسية وكافة ما يتعلق بالمصلحة العامة . وأكدت المحكمة أن حدود النقد المباح تعتبر أكثر اتساعا بالنسبة إلى رجل السياسة الذي يتصرف كشخص عام أكثر مما هي الحال بالنسبة إلى الفرد العادي .

إلا أنه يجب إجراء التوازن بين الهدف المشروع الذي تتوخاه حرية التعبير، وبين حماية حييدة القضاء من خلال عدم جواز نشر أخبار ضد المتهم تسيء إلى مركزه في الدعوى وتتناقض مع أصل البراءة . وفي هذا الصدد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في استراسبورج سنة ١٩٩٧ بأن إبداء الصحفي لرأيه بوضوح حول إدانة المتهم ، من شأنه أن يجعل مقاله مؤثرا في الدعوى المرفوعة على المتهم مما يؤثر في حييدة السلطة القضائية^(١) . ونظرا لما يتهدد أصل البراءة بسبب النشر في الصحف فقد خول قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لقاضى التحقيق ولغرفة المشورة إخطار الجمهور بألا وجه لإقامة الدعوى الذى يصدر فى القضية (المادتان ١٧٧/١ و ٢١٢/١)^(٢) وأجاز القانون الفرنسى للقاضى المدنى والقاضى المستعجل أن يوقف المساس بأصل البراءة وذلك بإلزام الصحيفة بنشر بيان على نفقتها .

= شكوى ولو لم يتم الادعاء المدنى قبله من الاستعانة بمحام ولو لم تكن الشكوى قد وضعت موضع التحقيق بعد، ويسمى هذا الشخص بالشاهد المساعد "temoin assisté" . هذا بالإضافة إلى نصوص أخرى تقوى حقوق الخصوم أثناء المحاكمة . وتضمن الفصل الثانى نصوصا تقوى الضمانات القضائية فى حالة الحبس الاحتياطى، وذلك باستحداث مايسمى بقاضى الحبس الاحتياطى منفصلا عن قاضى التحقيق، ويكون من قضاة الحكم وينظر فى طلبات الحبس الاحتياطى أو الإفراج عن المتهم . ويراقب هذا القاضى مبدأ الضرورة عند الالتجاء للحبس الاحتياطى . وتضمن نصوصا تقيد من أحوال ومدة الحبس الاحتياطى، وأخرى للتعويض عند الحبس الاحتياطى . وتضمن الفصل الثالث من المشروع نصوصا تتعلق بالحق فى المحاكمة فى مدة معقولة . أما الفصل الرابع فقد تضمن نصوصا لحماية سمعة المتهمين - والذين يتمتعون بأصل البراءة - فى مواجهة التجاوزات التى تبدو فى أجهزة الإعلام عندما تنتشر أخبار التحقيق .

Antoine Buchet La présomption d'innocence, op. cit., p. 33.

(١) انظر:

Antoine Buchet La présomption d'innocence, op. cit., p. 34

(٢) انظر:

وقد أشار إلى حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الصادر فى ٢٩ أغسطس سنة ١٩٩٧ .

الفصل الثانى

النتائج المترتبة على أصل البراءة

فيما يتعلق بالإثبات

٢٢٥- الدور المركب لأصل البراءة

يؤدى أصل البراءة دورا مركبا فى الإثبات الجنائى . فهذا الأصل يعتبر قاعدة من القواعد التى تحكم الخصومة الجنائية . وفى ذات الوقت يعتبر قاعدة من القواعد التى تحكم الحكم الجنائى .

وأصل البراءة كقاعدة من قواعد الإجراءات الجنائية تتطلب عدم وصف المتهم بأى وصف من أوصاف الإدانة خلال سير الخصومة الجنائية ، فلا يتغير هذا الوصف إلا حين يصدر حكم الإدانة . والمحكمة المنصفة هى التى تخضع لمبدأ المواجهة ، فيتاح للمتهم مواجهة الأدلة المنسوبة إليه وتوجيه دفاعه نحوها . فى هذه المرحلة استصحابا على أصل البراءة لا يلتزم المتهم بإثبات براءته ، بل يتعين على النيابة العامة كممثل للاتهام تقديم هذا الدليل .

ويتطلب أصل البراءة كقاعدة من قواعد الحكم أن تفسر المحكمة الشك لمصلحة المتهم ، وألا تقضى بإدانته إلا على أساس اليقين الكامل لا على مجرد الاحتمال . وتنصرف هذه القاعدة إلى المحكمة وحدها ، بخلاف أصل البراءة كقاعدة من قواعد الإجراءات الجنائية ، فإنها تخاطب كلا من الجهات التى تباشر سائر مراحل الخصومة الجنائية (ومنها المحكمة) .

وفىما يلى نبحث النتائج المترتبة على أصل البراءة فيما يتعلق بالإثبات ، سواء بوصفه قاعدة من قواعد الإجراءات الجنائية ، أو بوصفه قاعدة من قواعد الحكم .

المبحث الأول

أصل البراءة كقاعدة من قواعد الإجراءات الجنائية

٢٢٦- عدم التزام المتهم بإثبات براءته

لما كان الأصل في المتهم البراءة، فإن إثبات التهمة قبله يقع على عاتق النيابة العامة، فعليها وحدها عبء تقديم الدليل. ويخضع إثبات التهمة إلى قواعد أخرى تحكم إدارة الدليل بعيدا عن المتهم الذى لا يلتزم بتقديم أى دليل على براءته، وكل ما له هو أن يناقش أدلة الإثبات التى تتجمع حوله لكى يفندها أو يضع فيها بذور الشك، دون أن يلتزم بتقديم أدلة إيجابية تفيد براءته.

فمجال إثبات التهمة يتحدد بعيدا عن المتهم، ففيه يؤدى الادعاء دوره الإيجابي فى تقديم الدليل. وللمتهم أن يلتزم الصمت دون تأويل هذا الصمت ضده^(١). على أن عدم التزام المتهم بإثبات براءته لا يحول دون تقدمه طواعية واختيارا بالاعتراف بالتهمة أمام المحكمة. وطبقا للمادة ٢٧١/٢ من قانون الإجراءات الجنائية، إذا اعترف المتهم أمام المحكمة جاز لها الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود، وإلا فتسمع شهود الإثبات. ومؤدى ذلك، أن اعتراف المتهم فى الجلسة لا يمنع المحكمة أن تبحث الأدلة لإثبات التهمة بأدلة أخرى، بالإضافة إلى هذا الاعتراف أو بدونه، وخاصة إذا كان الاعتراف منصبا على الواقعة الإجرامية دون الركن المعنوى. واعتراف المتهم لا يسقط أصل البراءة فيه، فلا زالت المحكمة هى صاحبة الاختصاص فى تقدير مدى ثبوت التهمة قبله، وتقييم هذا الاعتراف، سواء صمم عليه المتهم أو عدل عنه. وليس للمحكمة أن تنقض أصل البراءة إلا بحكم بالإدانة مبنى على اليقين القضائى.

وإذا كان عبء إثبات التهمة يقع على النيابة العامة بوصفها ممثلة للادعاء، إلا أن

(١) المجلس الدستورى الفرنسى فى ١١ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١.

Décision No.8 - 127, Dc. des 11 et 20 janvier 1981, G.P. 11 - 13 Fév. 1981, note pierre - Daville.

ذلك ليس معناه أن مهمتها قاصرة على إثبات التهمة فقط ، لأن وظيفتها هي إثبات الحقيقة ، بجميع صورها . وعلى المحكمة أيضا أن تبحث بنفسها من خلال إجراءات المحاكمة عن هذه الحقيقة ، دون أن تجشم المتهم عبء إثبات البراءة . فهذه البراءة أمر مفترض ، ولا محل لإثباتها أمام المحكمة . وكل ما هو جدير بالبحث هو التحقق مما إذا كانت هناك أدلة كافية يمكنها أن تدحض هذه القرينة أم لا .

فإذا توافرت أدلة تفيد صحة الاتهام . كان من حق المتهم تقديم ما لديه من أدلة لدحض ما توافر ضده . وعلى النيابة العامة والمحكمة جمع هذه الأدلة أيضا عند الاقتضاء ، لأن مهمتها هي كشف الحقيقة بجميع صورها . فإذا خلت الدعوى من دليل قاطع على صحة الاتهام ، لا يلتزم المتهم بتقديم أى دليل على براءته ، لأن الأصل فيه هو البراءة .

٢٢٧- عبء نفى أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب

وقد ثار البحث في الحالات التي يدفع فيها المتهم بتوافر سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعى ، أو مانع من موانع المسؤولية كالإكراه ، أو مانع من موانع العقاب مثل اعتراف الراشى في جريمة الرشوة ، أو سبب لانقضاء الدعوى الجنائية كالتقادم ، هل يلتزم المدعى في هذه الحالات بإقامة الدليل على صحة هذا الدفع ؟ وفقا للقانون المدني يلتزم المدعى عليه بإثبات الدفع الذى يتمسك به ، وهو ما يعرف اصطلاحا بقاعدة "reus in excipiendo fitactor" . على أنه لا مجال لهذه القاعدة في الإجراءات الجنائية حيث يفترض في المتهم البراءة . فإدانة المتهم تعنى عدم وجود سبب للبراءة . ولا ينحصر هذا السبب فيما يتعلق بالوقائع المكونة للركن المادى للجريمة فقط ، بل يتعلق أيضا بسائر أركانها وغير ذلك من الأسباب التى تحول دون إدانة المتهم ومعاقبته . فالإدانة مع العقوبة تفترض توافر الركنين المادى والمعنوى بالإضافة إلى عدم وجود سبب من أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو أسباب انقضاء الدعوى الجنائية . ويقتضى إثبات الإدانة تقديم الدليل على توافر الركنين المادى والمعنوى للجريمة مع نفى كل من هذه الأسباب^(١) .

J.Patarin le particularisme de la théorie de preuve en droit pénal. In Quelques aspects de (١) l'autonomie de droit pénal, publication de l'institut de criminologie de la faculté de droit de l'université de Paris, 1956. p.29. Graven; la protection des droits de l'accusé dans le procès pénal en suisse, Rev. inter. dr. pén. 1966, p.267.

ذلك هو واجب المحكمة والنيابة العامة سواء بسواء . ولذلك فإنه يكفي من جانب المتهم أن يتمسك بالدفع الذى يواجه به التهمة دون أن يلزم بإثبات صحته ، وعلى النيابة العامة والمحكمة التحقق من مدى صحة هذا الدفع .

هذا هو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية ، فمن المقرر أن من واجب المحكمة بحث كل دفاع جوهري يتقدم به المتهم . ويعتبر الدفاع جوهريا ، إذا كان ظاهر التعلق بموضوع الدعوى المنظور أمامها ، بحيث لو صح لرتب عليه القانون أثرا قانونيا لصالح المتهم سواء تعلق هذا الأثر بنفى وقوع الجريمة ، أو بامتناع المسؤولية أو العقاب أو بانقضاء الدعوى الجنائية ^(١) . فإذا تمسك المتهم بهذا الدفع دون أن تبحثه المحكمة وترد عليه كان حكمها مشوبا بالقصور في التسبيب ، فضلا عن الإخلال بحق الدفاع . ووجه القصور في التسبيب يركز على إخلال المحكمة في أداء واجبها نحو إثبات الإدانة .

وإذا لم يتمسك المتهم بمثل هذه الدفع أمام محكمة الموضوع ، لم يحل ذلك دون واجب هذه المحكمة في التحقق من مدى انتفاؤها قبل أن تقضى بالإدانة . على أنه يكفي لصحة قضائها أن تثبت توافر أركان الجريمة ووقوعها من المتهم ، وأن تبين الأدلة التى قامت لديها ، وأن ترد على ما عسى أن يكون المتهم قد تمسك به من أوجه الدفاع الجوهري . فإذا لم يكن المتهم قد تمسك بهذا الدفاع من قبل ، لا يجوز له أن ينعى على المحكمة أى خطأ قانوني أمام محكمة النقض ما لم تكن مدونات الحكم المطعون فيه تشمل في ذاتها على صحة هذا الدفاع . ويرتبط هذا القيد بطبيعة وظيفة محكمة النقض التى لا تسمح بإجراء تحقيق موضوعي في الدعوى .

ويختلف الأمر بالنسبة إلى موانع العقاب ، لأنها ترد استثناء على حق الدولة في

(١) انظر في الدفع بالإعفاء من العقاب لحسن النية في جريمة القذف في جريمة موظف عام (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ١٦٧٠ ص ٣٧٣) ، والدفع بعدم جواز الدعوى السابقة الفصل فيها (نقض ١٢ يونيو سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٣٦ ص ٥٣٩ ، ونقض ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ٥٦ ص ٢٧١) ، والدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم ، (نقض ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٧ س ٨ رقم ١٨٨ ص ٦٩٥) والدفع بقيام حالة الدفاع الشرعي (نقض جلسة ١٠ مايو سنة ١٩٧٠ س ٢١ رقم ١٦٢ ص ٦٨٩) والدفع بالإعفاء من العقاب تأسيسا على مساعدة السلطات في القبض على متهم آخر (نقض جلسة ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٣٨) .

العقاب وفقاً لمعيار الضرورة والتناسب؛ مما يتطلب من المتهم إثبات توافر شروطها. وعلى المحكمة كذلك لتعلق الأمر بالنظام العام أن تتحقق من تلقاء نفسها من عدم توافر موانع العقاب.

٢٢٨- عدم دستورية قرائن الإثبات

لا يملك المشرع أن يفرض قرائن قانونية لإثبات التهمة أو لنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم، لمناقضة ذلك بعدم التزام المتهم بإثبات براءته تطبيقاً لأصل البراءة. فافتراض براءة المتهم يمثل أصلاً ثابتاً يتعلق بالتهمة الجنائية في جميع مراحلها، وعلى امتداد إجراءاتها، مما لا يجوز معه نقضها بغير الأدلة الجازمة التي تخلص إليها المحكمة وتتكون من جماعها عقيدتها. ولا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم الذي تخلص إليه المحكمة^(١).

فيلاحظ في المخالفات، وفي الجنح التي تشبه بالمخالفات في ركنها المعنوي (délits - contraventions) أن المشرع كثيراً ما يفترض الخطأ في حق المتهم تاركاً فرصة لإثبات العكس. وقد أطلقت محكمة النقض الفرنسية وصف الجريمة المادية على هذا النوع من الجرائم للدلالة على أنها تقع بمجرد الركن المادي للجريمة مع السماح للمتهم بإثبات انتفاء مسؤوليته الجنائية بسبب الجنون أو الإكراه أو عدم التمييز^(٢). وذهب البعض إلى أن الركن المادي للجريمة ينطوي في حد ذاته على الخطأ، وبأنه تتوافر قرينة قاطعة على توافر الخطأ من وقوع الفعل المادي المكون للمخالفة. وعيب هذا الرأي أن افتراض الخطأ لا يتفق مع جوهر المسؤولية الشخصية. ومن ثم، فلا مجال للمسؤولية الجنائية المفترضة. واتجه فريق آخر إلى ضرورة إثبات الخطأ في حق المتهم، وأن توافر قرينة بسيطة على هذا الخطأ من وقوع الفعل المادي، لا يمنع المتهم من إثبات عكس هذه القرينة إذا قدم الدليل على أنه قد وقع في غلط لا يمكن تجنبه، وهو غلط يتجاوز

(١) دستورية عليا في ٣ يولية سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ في ٢٠ يولية سنة ١٩٩٥.

(٢) انظر في التفصيل مؤلفنا الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، طبعة ١٩٨٥ ص ٤٧٦ و ٤٧٧.

وانظر التقرير العام لجان برادل Pradel

Rev. int. droit pénal, 1992, p.16.

إمكانات الاحتياط لدى الإنسان البالغ الحذر مما ينفي عنه الخطأ. وعلة اشتراط هذا النوع من الغلط لدحض قرينة افتراض الخطأ هو ما أوجبه القانون في هذا النوع من الجرائم من بذل قسط أكبر من مجرد الحذر المعتاد، مما يقتضى معه عدم الاكتفاء بمجرد إثبات أن سلوك الجاني لم ينحرف عن سلوك الشخص البالغ الحذر، عن طريق ما يسمى بالغلط الذى لا يمكن تجنبه. ونحن لا نقر هذا الرأى، فلا مجال لافتراض الركن المعنوى سواء كان فى صورة القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأنه فى الجريمة غير العمدية يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التى تكونها، وهى عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها^(١). وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى أن المشرع يلجأ أحيانا إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائى إذا كان المشرع قد توخى الحد من مخاطر بعض أنواع النشاط لتقليل فرص وقوعها، وتوفير القدرة على السيطرة عليها والتحوط لدرئها، فلا يكون إيقاع عقوبتها معلقا على النوايا المقصودة من الفعل، ولا على تبصر النتيجة الضارة التى أحدثها. إلا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر كانت حريصة على التنبيه إلى أنه فى هذا النوع من الجرائم لابد من توافر إهمال من قارفها لنوع الرعاية التى تطلبها المشرع منه كلما باشر نشاطا معيناً، وذلك إذا أعرض عن القيام بعمل واجب عليه^(٢).

٢٢٩- قرائن مخالفة لأصل البراءة

ومع ذلك، فقد خرج المشرع عن أصل البراءة، فأقام قرائن للإثبات لصالح الاتهام فى بعض الجرائم، ومن تطبيقات ذلك:

(١) قرر القانون مسئولية صاحب المحل عن الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٥٤ الخاص بشئون التموين (المادة ٥٨)، والمرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح (المادة ١٥) على أساس المسئولية عن جريمة خاصة هى الإهمال فى الرقابة. وتتوافر قرينة

(١) دستورية عليا فى ١ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٧) تابع فى ١٣/٢/١٩٩٧، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ج٢ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢.

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ المشار إليه عليه.

بسيطة على توافر هذه المسؤولية ، يجوز دحضها بإثبات أن صاحب المحل بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع الجريمة . إلا أن انتفاء هذه المسؤولية لا يمنع من مساءلة صاحب المحل عن خطأ آخر هو أنه على الرغم من غيابه واستحالة المراقبة سمح للغير بممارسة نشاط في محله . وينطوى هذا النص على افتراض للخطأ مما ينطوى على مسؤولية مفترضة ، كما ينطوى أيضا على مسؤولية عن فعل الغير وهو ينقض كذلك أصل البراءة في المتهم ، وينقض أيضا ضمان شخصية المسؤولية الجنائية .

(٢) وفي مجال الصحافة ، فإن مسؤولية رئيس التحرير طبقا (للمادة ١٩٥) من قانون العقوبات فإنها إذا قامت على الخطأ الشخصى لرئيس التحرير ، فإن المشرع أنشأ في حقه قرينة قانونية بسيطة ، بأنه عالم بكل ما تنشره الجريدة التى يشرف عليها^(١) . وأجاز لرئيس التحرير دحض هذه القرينة من خلال وسائل محددة على سبيل الحصر في (المادة ١٩٥) عقوبات وهى :

أ- إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات أو الأوراق للمساعد على معرفة المسئول عما نشر .

ب- أو إذا أرشد في أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة أو لضرر جسيم آخر .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية هذا النص على أساس أنه جعل رئيس التحرير مواجهها بقرينة قانونية في حقه دون دليل يظاهر الواقعية التى أثبتتها ، ومكلفا بنفيها خلافا لافتراض البراءة^(٢) . هذا فضلا عن عدم دستوريته لتأسيسه هذه المسؤولية أيضا عن فعل مادی لم يقم به ، وهو ما يعتبر مسؤولية عن فعل الغير^(٣) . كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما نصت عليه المادة ٢/١٥ من قانون الأحزاب السياسية بشأن افتراض مسؤولية رئيس الحزب مع رئيس تحرير صحيفة

(١) نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ ص ٦٨٧ .

(٢) دستورية عليا في ١ فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٩ سنة ١٨ قضائية سالف الذكر .

(٣) انظر فيما تقدم بند ١٩١ .

الحزب عما ينشر فيه ينطوى على إخلال بأصل البراءة^(١). فضلا عن مخالفة مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية (المسؤولية عن فعل الغير).

(٣) كان القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ يقمع التدليس والغش المعدل بالقانونين رقم ٥٢٢ لسنة ١٩٥٥ و ٨٠ لسنة ١٩٦١ يفترض العلم بالغش في جانب المتهم، إذا كان من المشتغلين بالتجارة، إلى أن أتى القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ سالف الذكر، فألغى هذه القرينة وأحل محلها مادة جديدة هي المادة ٦ مكررا التي تعاقب على الفعل الذى يخالف أحكام المواد ٢ و ٣ و ٣ مكررا من هذا القانون إذا وقع بطريق الإهمال أو عدم الاحتياط والتحرز أو الإخلال بواجب الرقابة. وبعد صدور هذا القانون أعلنت المحكمة الدستورية في قضاء لاحق لها عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ سنة ١٩٩٤ لافتراضه العلم بغش المادة موضوع الجريمة أو فسادها، في جانب المشتغلين بالتجارة أو الباعة الجائلين ما لم يثبت المخالف حسن نيته، ومصدر الأشياء موضوع الجريمة منشأ بذلك قرينة قانونية على ثبوت واقعة العلم بغش أو فساد السلعة، بينما كان ينبغى على النيابة أن تتولى بنفسها هذا الإثبات^(٢).

(٤) ونشير إلى أن المحكمة الدستورية العليا في مصر^(٣)، قضت بعدم دستورية نص المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما تضمنته فقرتها الثانية من افتراض العلم بالتهريب إذا لم يقدم من وجدت في حيازته البضائع بقصد الاتجار في المستندات الدالة على أنها قد سددت

(١) دستورية عليا في ٣ يولية سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ في ٢٠ يولية سنة ١٩٩٥.

(٢) دستورية عليا في ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، و ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٨ يولية سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٢).

(٣) دستورية عليا في ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٢ العدد (٨)، ٧ مارس نسخة ١٩٩٢ القضية رقم ١٠ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٨ يولية سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٢)، والقضية رقم ١٤ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، و ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٣١ لسنة ١٩٩٦.

عنها الضرائب الجمركية المقررة . واستندت المحكمة في قضائها ذلك إلى أن النص المطعون فيه افترض العلم بأحد عناصر القصد الجنائي بقرينة تحكيمية ، ونقل عبء نفيه إلى المتهم ، مناقضا افتراض براءته من التهمة الموجهة إليه في كل وقائعها وعناصرها . وقالت المحكمة إن الأصل في القرائن القانونية بوجه عام هو جواز إثبات عكسها ، ولا تكون القرينة قاطعة إلا بنص خاص يقرر عدم جواز هدمها ، والأصل في القرائن القانونية قاطعة كانت أو غير قاطعة ، هي أنها من عمل المشرع وهو لا يقيمها تحكما أو إملاء ، وإنما يجب أن تصاغ القرينة وأن يتحدد مضمونها على ضوء ما يقع غالبا في الحياة العملية ، واستطردت إلى القول : إن عدم تقديم حائز البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها للمستندات الدالة على الوفاء بالضرائب الجمركية المستحقة عنها لا يفيد بالضرورة علمه بتهريبها ، وإذا كان ذلك ، فإن الواقعة البديلة التي اختارها النص المطعون فيه لا ترشح في الأعم الأغلب من الأحوال لاعتبار واقعة العلم بالتهريب ثابتة بحكم القانون ولا تربطها بالتالي علاقة منطقية بها ، بالتالي غير مرتكزة على أسس موضوعية ومفحمة لإهدار افتراض البراءة ، ومجاورة من ثم لضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور في أحكامه ، وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا قد اشترطت في الواقعة البديلة (التي تستفاد منها قرينة الإثبات التي ينص عليها القانون) ارتكازها على أسس موضوعية تقيم بينها وبين القرينة علاقة منطقية تستند إلى ما يقع غالبا في الحياة العملية .

وبصدد عدم دستورية قرينة العلم بالتهريب ، فإن هذه القرينة نص عليها في التشريع الإنجليزى والكندى والإيطالى والفرنسى بالنسبة إلى كل حائز لبضاعة ممنوعة مستوردة من الخارج (كالمخدرات مثلا) إذا عجز عن إثبات مصدرها الشرعى . وقد نص على هذه القرينة في القانون الأمريكى إلى أن قضى بمخالفتها لقرينة البراءة (عدا حالات الهيروين والكوكايين أو وضوح طبيعة المادة)^(١) .

(٥) قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية ما تضمنته المواد ٣٧ و ٣٨ و ١١٧ من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، من

(١) انظر:

Rev. inter. droit pénal, 1992, p.38.

اعتبار مجرد النقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما أدرج في قائمة الشحن ، قرينة على تهريبها ، باعتبار أن هذه القرينة تناقض أصل البراءة^(١).

(٦) ومن ناحية أخرى ، أكدت المحكمة سالفه الذكر^(٢) ، عدم جواز إدانة الشخص على أساس الاشتهار بارتكاب جرائم من نوع معين ، والواقع أن افتراض براءة المتهم عن كل جريمة على حدة بناء على مجرد الاشتهار بذلك ، لا يؤدي إلى أن تخلص المحكمة إلى إدانته على أساس الاشتهار بارتكاب مجموعة من الجرائم ، بينما كل اشتهار بجريمة معينة على حدة لا ينفي قرينة البراءة ارتكابها .

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا^(٣) أيضا أنه مما يناقض افتراض البراءة أن يدان الشخص - لا عن جريمة بذاتها أتاها وتتحدد عقوبتها بالنظر إلى ماهيتها وظروفها - بل بناء على محض احتمال عودته إلى الإجرام ، بما مؤداه أن الخطورة الإجرامية التي يعتبر الشخص بموجبها مشتبه فيها قوامها عناصر مستمدة من ماضيه ، ودليلها جرائمه السابقة إذ تعتبر كاشفة عن خطورته هذه وقاطعة بها ، ومن ثم تكون سوابقه دامغة لحاضره ومسيئة لمستقبله ، بل محددة لمجره .

(٧) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما نصت عليه المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن ، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حول جريمة تأجير مكان أو جزء منه أو بيعه أو تمكين آخر منه على خلاف مقتضى عقد سابق - ولو كان غير مشهر - تفترض علم المؤجر بالعقد السابق على تأجيرها الجديد ، مما يعد إهدارا لأصل البراءة^(٤).

(٨) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة

(١) دستورية عليا في ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٧٢ سنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٣ في ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧ .

(٢) الدستورية العليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد (٢) في ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ .

(٣) الدستورية العليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ سالف الإشارة إليه . ودستورية عليا في ١٥ يونيو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٥ في ٢٧ يونيو سنة ١٩٩٦ .

(٤) دستورية عليا في ٣ يناير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد (٣) في ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ .

١٥٤ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدلة بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ من افتراض توافر القصد الجنائي في شأن الحائز لأتربة أرض زراعية متخلقة عن تجريفها، يناقض أصل البراءة، ويجرده من محتواه^(١).

(٩) قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية أحكام المواد ٢ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٤ و ١٤ مكررا من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها لما نصت عليه من معاقبة مخالفيها ولو كانوا حسن النية، لأن حسن النية يفترض التعامل في الأغذية أو الاتصال بها من مواطنين شرفاء، مما يعتبر إخلالا بافتراض البراءة^(٢).

(١٠) قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ فيما نصت عليه من عدم جواز دمج المشغولات الذهبية إذا لم يقدم حائزها الدليل على دخولها البلاد بطريق مشروع، لأن عدم تقديم هذا الدليل لا يفيد سبق تهريبها بنشاط أتاها حائزها ولا علمه بتهريبها، كما أن النص المذكور قد غل يد هذا الحائز عن تداول المشغولات، سواء بالتحفظ عليها من جهات الاختصاص أو بمنعهم من التعامل فيها، مما يعتبر مناقضا لأصل البراءة^(٣).

(١١) قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٩/٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، افتراض في حق من يحوز السلع الخاضعة للضريبة بقصد الاتجار، العلم بأنها مهربة من هذه الضريبة إذا لم يقدم من وجدت في حيازته هذه السلع المستندات الدالة على سداد الضريبة. وأن هذا النص وقد أقام قرينة مبناها افتراض العلم بالتهريب ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، يكون قد خالف المادة ٦٧ من الدستور التي نصت على أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية يكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وانتهت محكمة النقض إلى أن

(١) دستورية عليا في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٤٧ في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦.

(١) دستورية عليا في ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية». الجريدة الرسمية، العدد ٥١ في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥.

(٢) دستورية عليا في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ في ١٩/٧/١٩٩٧.

المادة ٦٧ من الدستور آتفة الذكر قابلة بذاتها للإعمال دونها حاجة إلى أى تدخل تشريعى مما يؤدى إلى اعتبار نص المادة ٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات منسوخاً ضمناً بقوة الدستور نفسه^(١). ورغم إقرارنا أن المادة ٤٧ من قانون ضريبة المبيعات خالفت أصل البراءة، إلا أنه لا مجال لاعتبار هذا النص منسوخاً ضمناً بقوة الدستور، لأن نظرية النسخ الضمنى تفترض أن يكون النص الناسخ (وهو هنا نص الدستور) لاحقاً على النص المنسوخ؛ بينما أن نص الدستور «يسبق» نص قانون ضريبة المبيعات سالف الذكر. وهذا المعنى هو ما أكدته الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى قولها بأن التشريع لا يلغى إلا بتشريع «لاحق» ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً، وإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع «لاحق» مماثل له أو أقوى منه^(٢).

هذا بالإضافة إلى أن نص المادة ٦٧ من الدستور يرسى مبدأ ليس صالحاً للتطبيق مباشرة، وغاية ما هناك أن النص التشريعى سالف الذكر لا يتفق مع نص الدستور بشأن أصل البراءة، مما كان يتعين معه وقف الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا التى تختص وحدها بالرقابة على دستورية القوانين.

(١) نقض جنائى (غرفة مشورة) فى ٢٢ يولية سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ قضائية .

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٥ ، مجموعة الأحكام س ٢٦ ص ٥٠٣ .

المبحث الثانى أصل البراءة كقاعدة من قواعد الحكم

المطلب الأول اليقين القضائى أساس الحكم بالإدانة

٢٣٠- ماهيته

يعتمد القاضى فى قضائه على صوت ضميره ، ويلبى نداء إحساسه وشعوره وتقديره لأدلة الدعوى ، ولا يتقيد فى ذلك إلا بمشروعية الدليل من خلال محاكمة منصفة . ولكن حرية المحكمة فى الاقتناع لا تعنى التحكم ولا تبنى على الفوضى فى التقدير ، فيجب أن يسبب القاضى حكمه مؤسسا اقتناعه على أدلة مقبولة فى العقل والمنطق . فالحرية التى يمارسها القاضى تتم فى إطار المشروعية وتحت مظلة القانون ، ولا تكون خارج المشروعية أو بالمخالفة لأحكام القانون . ولضمان ذلك ، تتقيد المحكمة بضوابط معينة لتسبب أحكامها حتى تكون مرآة لمنطق قضائى سليم ، واحترام القانون .

ويترتب على أصل البراءة ألا تقتنع المحكمة بالإدانة إلا بناء على الجزم واليقين لا على الاحتمال أو الترجيح . وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن معيار الجزم واليقين يتمتع بالقيمة الدستورية ، مؤسسة ذلك على أنه قد غدا دحض أصل البراءة ممتنعا بغير الأدلة التى تبلغ قوتها الإقناعية - فى مجال ثبوت التهمة - مبلغ الجزم واليقين بما لا يدع مجالا معقولا لشبهة انتفائها ، وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم استنفد طرق الطعن وصار باتاً^(١) .

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ، ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» .

والقيمة الدستورية لليقين القضائي هي نتيجة منطقية للقيمة الدستورية لأصل البراءة، ومن ثم فإن الأمر يتعدى مجرد بطلان الحكم بالإدانة الذي بُنى قضاؤه على الترجيح أو الاحتمال إلى تقدير عدم دستورية النصوص التشريعية التي تسمح بالحكم بالإدانة بناء على الاشتهار بارتكاب الجرائم، وهو ما حدا بالمحكمة الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية نص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم^(١).

(١) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢) في ١٤ يناير سنة ١٩٩٣.

المطلب الثاني

الشك يفسر لمصلحة المتهم

٢٣١- مدلول المبدأ

كل شك في إثبات الجريمة يجب أن يفسر لمصلحة المتهم، فهذا الشك يعنى إسقاط أدلة الإدانة والعودة إلى الأصل العام وهو البراءة^(١). وهذه نتيجة طبيعية لمعيار الجزم واليقين كأساس للحكم بالإدانة لا مجرد الظن والاحتمال. ومن ثم فإن كل شك في الاقتناع يجعل الحكم بالإدانة على غير أساس. فالشك يجب أن يستفيد منه المتهم، لأن الأصل فيه هو البراءة. وتبسط محكمة النقض رقابتها على هذا الموضوع من خلال مراقبتها لصحة الأسباب. فمن المقرر أن مبدأ حرية القاضي في الاقتناع لا يعنى فقط أنه حر في أن يعتقد أو لا يعتقد في صحة الأدلة المقدمة، وإنما يعنى أيضا أنه لا يملك الخروج على ضوابط الاقتناع، ولا يستطيع القضاء بغير اليقين.

وبناء على مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، يكفى لصحة الحكم بالبراءة أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة^(٢)، إلا أن الاكتفاء بمجرد الشك في إثبات التهمة مشروط بأن يشمل الحكم بالبراءة ما يفيد أن المحكمة قد أحاطت بظروف الدعوى وأدلة الثبوت التي قام عليها الاتهام عن بصر وبصيرة، ووازنت بينها وبين أدلة النفي فرجحت دفاع المتهم أو داخلتها الريبة في صحة أدلة الإثبات^(٣).

(١) جاء في الحديث الشريف «إن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»، وقال عمر بن الخطاب «لأن أعطل حدود الله في الشبهات خير من أن أقيمها».

(٢) نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ رقم ١٣٢ ص ٦٦٨، أول مارس سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ٣٩ ص ١٧٩، ٢٨ يونية سنة ١٩٦٥ س ١٦، ١٢ ص ٥٢٤، ١٩ أكتوبر سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٣٧ ص ٧٢٤، ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٦ ص ٨٣٢.

(٣) انظر نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ١٨٧ ص ٧٦٧.

وهنا يجب ملاحظة الخلاف بين الحكم بالإدانة ، والحكم بالبراءة فيما يتعلق ببيان الأدلة . فالحكم الأول يجب أن يستوفى مضمون الأدلة التى بنى عليها ، بخلاف الحكم الثانى ، فإنه يكفى فيه مجرد إبداء الرأى حول قيمة أدلة الإثبات ، دون أن تلتزم المحكمة ببيان أدلة قاطعة على البراءة ، لأنه يكفى مجرد تشكيكها فى الاقتناع بأدلة الإثبات ، أى أن الحكم بالإدانة يجب أن يبنى على اليقين فى الاقتناع بأدلة الإثبات ، بينما حكم البراءة يكفى فيه أن يؤسس على الشك فى الاقتناع بهذه الأدلة .

ويكفى للتدليل على هذا الشك الاستناد إلى أى دليل ولو كان وليد إجراء غير مشروع ، وهذا هو ما أكدته محكمة النقض^(١) . وعلة ذلك أنه طالما كان الأصل فى المتهم البراءة فلا حاجة للمحكمة فى أن تثبت براءته ، وكل ما تحتاج إليه هو أن تتشكك فى إدانته . والدليل المستمد من إجراء غير مشروع هو دليل باطل فيما يتعلق بإثبات الإدانة ، لأن الإدانة عكس الأصل العام فى الأشياء وهو البراءة ، بخلاف الحال فى البراءة ، فإنها تمثل الأصل العام^(٢) . كما لا يقدح فى سلامة الحكم بالبراءة أن تكون إحدى دعائمه معيبة مادام قد أقيم على دعائمه أخرى متعددة لم يوجه إليه أى عيب يكفى لحمله^(٣) . ولا محل هنا لتطبيق مبدأ تساند الأدلة الجنائية فى الإثبات ، لأن الأصل فى المتهم البراءة كما أن المحكمة فى حل من التقيد بقواعد الإثبات التى لا يتقيد بها القاضى إلا فى مقام الإدانة^(٤) .

(١) نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ٢١ ص ٨٧ ، وانظر فى نقد هذا الحكم الدكتور رؤوف عبيد ، الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٧٠ ص ٦١٢ ، وقد رددت محكمة النقض ذات المبدأ فى نقض جلسة ٣١ يناير ١٩٦٧ س ١٨ رقم ٢٤ ص ١٢٨ ، ونقض جلسة ١٥ فبراير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ رقم ٣١ ص ١٥٣ . ويراعى ما أوردته محكمة النقض أن هذا النظر لا يقيد سلطة الاتهام أو كل ذى شأن فيما يرى اتخاذ من إجراءات أخرى تترتب على عدم مشروعية الوسيلة التى استند إليها فى إثبات البراءة .

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٧٠ ص ٣٤٨ .

(٣) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٢ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٢٩٥ ص ١٣١٣ ، ١٩ مايو سنة ١٩٨٠ ص ٣١ رقم ١٢٦ ص ٦٤٧ .

(٤) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٨١ مجموعة الأحكام س ٣٢ رقم ٢٠٦ ص ١١٥٣ .

الباب الثانى

القضاء هو الحارس الطبيعى للحريات

الفصل الأول الضمان القضائي

٢٣٢- أهمية الضمان القضائي

في صدد الإجراءات الجنائية، حيث تتعرض الحرية الشخصية وما يتعلق بها من الحقوق والحريات للخطر؛ تبدو أهمية الحق في الالتجاء إلى القضاء. فمن خلال تدخل القضاء يمكن الاطمئنان إلى إحداث التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات. وبه يكفل قانون الإجراءات الجنائية تحقيق الموازنة بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات، وذلك بإجراء محاكمة عادلة "Équitable" (منصفة) تحترم فيها جميع الضمانات وعلى رأسها حق الدفاع. وهنا يكون الضمان القضائي حامياً للحرية. ومن ناحية أخرى، فإن الضمان القضائي يكفل توقيع الجزاء المترتب على عدم المشروعية الإجرائية التي تقع من المكلفين بتطبيق القانون أو تنفيذه، وذلك بتوقيع الجزاء المناسب. وبهذا الضمان تتأكد سيادة القانون (أي المشروعية).

وهكذا يلعب الضمان القضائي دوراً مزدوجاً؛ مرة في أثناء مباشرة الإجراء وذلك بضمان التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات، ومرة أخرى إذا وقع عيب عدم المشروعية وذلك من أجل حماية هذا التوازن. وعلى هذا النحو فإن الضمان القضائي يكفل المشروعية الإجرائية سواء أثناء مباشرة الإجراء، أو بعد هذه المباشرة، لمواجهة أي عيب يلحقها. وبهذا تأكد أن الضمان القضائي هو الحارس للشرعية.

ويعتبر الضمان القضائي مفترضا لازماً للوصول إلى محاكمة عادلة (منصفة)، ويعبر عنه بالحق في التقاضي. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن حق التقاضي لا تكتمل مقوماته ولا يبلغ غايته ما لم توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يمثل التسوية التي يعتمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها^(١). وطالما أن الحق الموضوعي

(١) دستورية عليا في ٣ إبريل سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١.

المراد حمايته ما زال باقيا (حق الملكية) فلا يسقط الحق في إقامة الدعوى التى تحميه^(١).

وقرر المجلس الدستورى الفرنسى عدم دستورية نص فى القانون الخاص بمحكمة الجمهورية للعدالة التى تفصل فى الجرائم المنسوبة لأعضاء الحكومة؛ يعطى للمضور من الجريمة الحق فى طلب الادعاء المدنى أمام لجنة اقتراحات تفصل فى هذا الطلب إما بحفظه أو بإحالة إلى المجلس العام لدى محكمة النقض لعرضه على المحكمة، وذلك على أساس أن هذا النص يمس الحق فى التقاضى^(٢).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٣ الذى يفرض نظاما للتحكيم الإجبارى كوسيلة لإنهاء المنازعات التى تقوم بين أصحاب البضائع ومصالحه الجمارك حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها، وذلك بدلا من اللجوء فى شأنها إلى القضاء. وأسست المحكمة قضاءها على أن التحكيم الإجبارى يناق فى الأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسليطا وكرها، بما مؤداه أن اختصاص جهات التحكيم التى أنشأها النص المطعون فيه مع سائر النصوص المرتبطة به، يكون منظوريا بالضرورة على إخلال بحق التقاضى بحرمان المتداعين من اللجوء - فى واقعة النزاع الموضوعى المائل - إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيتها الطبيعى بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور^(٣).

٢٣٣- السلطة القضائية وسيادة القانون

تعتبر الدولة عن إرادة الشعب صاحب السيادة. وتتكون هذه الإرادة من ثلاثة عناصر يعبر عنها بسلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية. وتتعاون كل من هذه السلطات مع الأخرى فى التعبير عن سيادة الشعب. ووفقا لمبدأ الفصل بين السلطات يارس الأفراد والأجهزة القائمة عليها اختصاصاتهم تعبيرا عن هذه السيادة.

(١) انظر دستورية عليا فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» بشأن عدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة، والتى تنص على سقوط كافة الحقوق بالنسبة إلى الأموال المصادرة إذا لم يقدم عنها طلب إلى اللجنة المشكلة بقرار من وزير العدل خلال سنة من تاريخ النشر فى الجريدة الرسمية. وانظر دستورية عليا فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ١/١٤ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ فيما تضمنته من عدم جواز سماع الدعوى المتعلقة بمصادرة أموال محمد على..

(٢) Déc. no. 93-327 du 19 nov. 1993, Recueil jur. const. p. 555.

(٣) دستورية عليا فى ٣ يوليو سنة ١٩٩٩، فى القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

فمجلس الشعب يعبر عن سيادة الشعب فيما يوافق عليه من مشروعات القوانين ، والحكومة تمثل هذه السيادة فيما تقوم به من تنفيذ للقوانين . والقضاء يحكم أى يعبر باسم الشعب فى حدود اختصاصه القضائى . وإذا كان مونتسيكو قد نادى بالفصل بين السلطات للوقوف ضد التحكم والدكتاتورية ، فإن هذا المبدأ قد أصبح ضروريا فى الدولة القانونية التى يعلو فيها مبدأ سيادة القانون الذى تحترم فيه الحقوق والحريات .

وتنهض الدولة كنظام قانونى بحماية الحقوق والحريات عن طريق إصدار القانون الذى يقرر هذه الحماية ، ومن خلال السلطة القضائية التى تكفل الحماية المذكورة . فإرادة القانون فى حماية الحقوق والحريات لا تنتج آثارها بطريقة فعالة إلا إذا كفل القضاء هذه الحماية . والتدخل القضائى هو الذى يضمن فاعلية نصوص القانون ، بخلاف السلطة التنفيذية ، فإنها تعمل على مجرد تطبيق القانون دون أن تملك التأكد من سلامة هذا التطبيق ، وبالتالي لا تملك ضمان الحماية التى يقررها القانون للحقوق والحريات على وجه أكيد . فالقرارات الإدارية مهما كانت قيمتها تتضاءل أمام الأحكام القضائية بقوتها وحجيتها . والسلطة القضائية باستقلالها وحيادها أكثر قدرة من غيرها فى التعبير عن الإرادة الحقيقية للقانون .

وتتكامل السلطة القضائية مع السلطة التشريعية فى تطبيق القانون لحماية الحقوق والحريات ؛ فالسلطة التشريعية تضع القانون تطبيقا للدستور ، والسلطة القضائية تصدر الحكم تطبيقا للقانون . ويمارس القاضى دوره بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وتفسير مضمونها . ولا يقتصر عمل القاضى فى هذا الشأن على التعرف على القاعدة القانونية وتحليل مضمونها ، وإنما ينهض أيضا بإجراء التكيف اللازم لهذا المضمون مع الوقائع القانونية المعروضة عليه ^(١) ، ويسهر على احترام وتطبيق الحقوق والحريات العامة للأفراد ^(٢) .

فنصوص القانون تظل صامدة جامدة حتى يتدخل القاضى لتقرير المعانى الصحيحة التى أراد القانون التعبير عنها . والأحكام التى يصدرها القضاء وتحوز قوة الأمر المقضى ، تنال قوة الحقيقة القانونية ، فتستفيد من قرينة المطابقة مع كلمة القانون . ولهذا صح القول بأن القضاء ركن فى قانونية النظام ، وأنه لا قانون بغير قاض ^(٣) .

Thierry Renoux; Le conseil constitutionnel et l'autorité, Paris, 1984, p. 28. (١)

Actualité scientifique; les droits fondamentaux Bruylant, 1997, p. 346 (por p. Foucher). (٢)

(٣) انظر مقالنا: «الضمانات الدستورية للحرية الشخصية فى الخصومة الجنائية» مجلة مصر المعاصرة ١٩٧٢ ص ٤٧ وما بعدها .

ويتسع الحق في التقاضى إلى الحق في تنفيذ أحكام القضاء . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن كل عقبة تحول دون اقتضاء الحق المقضى به تعتبر إخلالا بالحق في التقاضى^(١)، وبالتالي يكون إخلالا بالضمان القضائي .

ويتضح مما تقدم أن سيادة القانون تستلزم أن يكون هذا القانون مكفولا بالتطبيق من سلطة مستقلة محايدة هي القضاء . فالسلطة القضائية هي التي تسهر على تأكيد هذه السيادة وضمان تحقيق المشروعية وتوقيع الجزاء المناسب على عدم المشروعية . والقضاء وحده هو الذى يملك تقرير المشروعية من عدمه . وعلى هذا النحو فإن السلطة القضائية هي الضمان الفعال لسيادة القانون .

٢٣٤- القضاء كحارس للحريات

ارتفع مبدأ أن القاضى هو حارس الحرية الشخصية في فرنسا منذ القرن التاسع عشر، حيث كانت المحاكم القضائية وحدها مكلفة بالمعاقبة على الجرائم التى تقع بالمخالفة لقانون العقوبات ، ولهذا أطلق على القضاة أنهم الحراس الطبيعيون لحقوق الفرد "Les Gardiens naturels des droits de l'individu"^(٢) . ويارس القضاء حمايته للحرية بكفالة الضمانات التى يقررها القانون لحمايتها في مواجهة خطر التعسف أو التحكم . والحماية القانونية للحرية لا تكون بمجرد إصدار القوانين ، وإنما بالتعرف على مبادئها وتطبيقها ، وهو ما لا يتحقق إلا بسلطة مستقلة كل الاستقلال عن غيرها من سلطات الدولة ، تكون أحكامها واجبة الاحترام من الجميع حكاما ومحكومين على السواء ، هي السلطة القضائية . ولهذا قيل بأن مبدأ الفصل بين السلطات يسبق مبدأ «القاضى هو الحارس للحرية الشخصية» . وقد نصت المادة الثانية من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان على أن لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التى يمنحها له القانون . ونصت المادة العاشرة من هذا الإعلان على أن لكل شخص الحق في محاكمة منصفة علنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة . وعنى الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ بالنص على هذا المبدأ في المادة

(١) دستورية عليا في ٣ إبريل سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية «دستورية» . مجموعة أحكام الدستورية العليا ، ج ٥ (المجلد الثانى) القاعدة رقم ٢١ ص ١ ط ، ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

(٢) وقد كانت المحاكم مكلفة بحماية حق الملكية الخاصة ، وتطور الأمر فامتد اختصاصها لحماية غير ذلك من الحقوق الأساسية للفرد وعلى رأسها الحرية الشخصية .

٦٦/٢ منه بالقول إن «السلطة القضائية تحافظ على الحرية الفردية ، وتضمن احترام هذا المبدأ بالشروط المنصوص عليها في القانون» . وقد اعتنق الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ هذا المبدأ ، فنص في المادة ٦٥ على أن « تخضع الدولة للقانون ، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات » . كما نصت المادة ٨٦ / ٢ من هذا الدستور على «حظر النص في القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء» . ومن مجموع ومؤدى هذين النصين يتضح أن القضاء في مصر هو الحارس للحقوق والحريات ، طالما كان استقلاله وحصانته ضمانان أساسيان لحمايتها ، وطالما كانت رقابة القضاء على المشروعية مكفولة دائما بغير استثناء .

ويلاحظ أن رسالة القضاء في حراسة الحقوق والحريات تؤدي إلى وجوب توافر الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية التي تمس هذه الحريات . وهذه الرسالة هي أصل عام من أصول الشرعية الدستورية التي يلتزم بمراعاتها قانون الإجراءات الجنائية . وتستمد هذه الشرعية أصولها في الدستور المصري من المادتين ٦٥ ، ٦٨ / ٢ سالفتي الذكر . فقد تكفلت هاتان المادتان بتقرير الحماية القضائية للحريات دون الإحالة على القانون . فيقتصر دور القانون في هذه الحالة على مجرد التنظيم دون أن يملك الحد من نطاق هذه الحماية . هذا بخلاف الحال في فرنسا . فقد ذهب البعض ^(١) إلى أن الدستور الفرنسي في المادة ٦٦ / ٢ قد نص على ضمان احترام محافظة السلطة القضائية على الحرية الشخصية بالشروط المنصوص عليها في القانون ، وهو ما يعنى أن للقانون دورا في تحديد نطاق هذه الحماية ، وبالتالي فإنها لا تنال قيمة دستورية ولا تتمتع بغير قيمة تشريعية بحتة . وهو رأى محل نظر لأن دور القانون تنظيمي بحت .

وفي نطاق الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية ، يجب أن تكفل هذه الإجراءات من خلال القاضى حماية الحرية الشخصية وسائر الحقوق والحريات في الخصومة الجنائية ، سواء كانت حقوق المتهم أو حقوق المجنى عليه ^(٢) .

P. BRETON; L'autorité judiciaire gardienne des libertés et de la propriété privée, thèse (١) 1964, p.27.

(٢) انظر أعمال المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد في هامبورج سنة ١٩٧٩ والذي عالج حقوق المتهم ، والمؤتمر الدولي الحادى عشر لقانون العقوبات المنعقد في بودابست سنة ١٩٧٤ والذي عالج حقوق المجنى عليه .

٢٣٥- السلطة القضائية في المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير العالمية

حرص الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى عام ١٩٤٨ على تقرير حق الإنسان فى قضاء مستقل محايد بما نص عليه فى المادة العاشرة من أنه «لكل إنسان ، على قدم المساواة التامة مع الآخرين ، الحق فى أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة ، نظرا منصفا وعلنيا ، للفصل فى حقوقه والتزاماته وفى أى تهمة جزائية توجه إليه» ، ويضمن العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسة لسنة ١٩٦٦ ممارسة الحق المشار إليه (المادة ١٤) .

وقد صدر عن المؤتمر العالمى لاستقلال القضاء الذى عقد فى مونتريال بكندا فى سنة ١٩٨٣ إعلان عالمى لاستقلال القضاء أكد على حق كل إنسان فى أن يقاضى دون إبطاء من قبل المحاكم العادية ، أو من قبل المحاكم القضائية ، وتكون خاضعة لإعادة النظر (الطعن) من قبل المحاكم العليا ، ونص على ضرورة أن تستقل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ، وألا تجوز ممارسة أية سلطة من شأنها التدخل فى العملية القضائية ولا يكون للسلطة التنفيذية أية رقابة على الوظائف القضائية أو أية سلطة لوقف العمل فى المحاكم أو تعليقه ، كما لا يجوز لها القيام بأى عمل أو تعطيل القيام بأى عمل يؤدى إلى استبعاد الحل القضائى لأحد النزاعات ، أو تعطيل التنفيذ السليم لقرار إحدى المحاكم ، هذا فضلا عما أورده ذلك الإعلان فى شأن استقلال القضاة مما سيرد بيانه فيما بعد .

وتعتبر المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية إحدى الإنجازات الرئيسية لمؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين والذى عقد فى ميلانو بإيطاليا سنة ١٩٨٥ ، وقد دعا المؤتمر فى قراره المتعلق بهذه المبادئ إلى تنفيذها فى المجالات الوطنية والإقليمية ، ودعا الأمين العام للأمم المتحدة أن يتخذ خطوات لضمان نشرها على أوسع نطاق ممكن ، وأن يعد تقريرا بشأن تنفيذها . وجاء إعلان المبادئ الأساسية فى شأن استقلال القضاء التى تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين فى ٢٩ يناير سنة ١٩٨٥ و ١٣ ديسمبر سنة ١٩٨٥ مؤكدا بوضوح أن المنازعات التى تدخل فى اختصاص السلطة القضائية ، ينبغى الفصل فيها بطريقة محايدة ، وعلى ضوء وقائعها ووفقا لحكم القانون بشأنها ، مع تجرد قضائها من عوامل التأثير والتحرىض ، وكذلك من كل صور الضغوط أو التهديد أو التدخل غير المشروع - مباشرا كان أو غير مباشر - وأيما كان مصدرها أو سببها .

وعلى المستويات الإقليمية، نصت المادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٧٨ على أنه «لكل شخص الحق في محاكمة تتوافر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متميزة كانت قد أسست سابقا وفقا للقانون. . .»، كما أصدر المجلس الإسلامي العالمي المتعقد في باريس سنة ١٩٨١ بيانا عالميا عن حقوق الإنسان في الإسلام أكد حق الفرد في أن يلجأ إلى سلطة شرعية تحميه وتنصفه، وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم، وأوجب على الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة، ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيدتها واستقلالها^(١). وألقى مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي - الذي أعد في مدينة سيراكوزا بإيطاليا في ديسمبر ١٩٨٦ بدعوة من المعهد الدولي للعلوم الجنائية - على عاتق الدول واجب كفالة استقلال القضاء وحياده^(٢).

وقد عني الدستور الإيطالي بالنص على استقلال السلطة القضائية في المادة ١٠٤ منه بالقول إن «القضاء نظام قائم بذاته مستقل عن كل سلطة أخرى».

(١) الشافعي محمد بشير - قانون حقوق الإنسان، ذاتيته ومصادره - مقال منشور بالمجلد الثاني لحقوق الإنسان الصادر عن المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (سيراكوزا - إيطاليا) - الطبعة الأولى - ١٩٨٩ ص ٤٦ وما بعدها.

(٢) الإعلان العربي لاستقلال القضاء في ٣٠ إبريل ١٩٨٥ - مجلة القضاء - ١ و ٢ يناير وفبراير ١٩٨٦. ولا يكتفى الدستور التركي بالنص على كفالة استقلال القضاء، بل حدد في المادة ١٣٢ منه بعض ضوابط هذا الاستقلال في قوله: «لا يجوز توجيه أية أسئلة أو إثارة مناقشات أو الإدلاء ببيانات في المجلسين التشريعيين في شأن قضية تكون موضع تحقيق. وأنه لا يجوز لأية هيئة أو سلطة أو شخص أن يعطى للمحاكم أو القضاء أوامر أو تعليقات أو يرسل إليهم منشورات أو توصيات أو اقتراحات تتعلق بقيامهم بأعباء السلطة القضائية. وأن تلتزم الهيئة التشريعية والتنفيذية والإدارية باحترام أحكام المحاكم، ولا يجوز لهذه الهيئات بأي حال من الأحوال تعديل أو تعطيل تنفيذ هذه الأحكام». (محمد عصفور - استقلال السلطة القضائية - المرجع السابق - ص ١٥٨).

وهذا المعنى هو من السوابق والتقاليد البرلمانية التي حرص على تأكيدها مجلس الشعب المصري. هذا دون إخلال بسلطة البرلمان في مناقشة طلبات الإذن باتخاذ الإجراءات الجنائية قبل أعضاء المجلس. ومن السوابق البرلمانية أنه بعد مناقشات طويلة استغرقت جلستي ٢٧ و ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ اشترك فيها رجال القانون من أعضاء مجلس النواب بمن فيهم رئيس المجلس سعد زغلول باشا اتخذ المجلس قرارا أشار فيه إلى أنه بعد اطلاعه على مكاتبة النيابة الواردة للمجلس بتاريخ ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ عن التهمة الموجهة إلى النائب أمين همام حمادى (قتل عمد) والتقرير المقدم من لجنة الحقانية في هذا الصدد، وبعد المناقشة في هذا الموضوع يرى أن يلفت نظر حضرة صاحب المعالي وزير الحقانية إلى أن المجلس كان ينتظر أن يستأذن عن الاستمرار في الإجراءات التي اتخذتها النيابة العمومية ضد حضرة أمين همام (أفندى) ويرغب إلى معاليه أن يرسل إليه أوراق هذه الدعوى للتمكن من إبداء رأيه فيها كما هو الشأن في التهم التي توجه بعد الانعقاد إلى أعضاء البرلمان.

٢٣٦- السلطة القضائية في مصر

نصت المادة ١٦٥ من الدستور المصري (١٩٧١) على أن السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقا للقانون. وطبقاً لهذا النص فإن المحاكم وحدها هي التي تتولى ممارسة السلطة القضائية. ومع ذلك فقد نص قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ سنة ١٩٧٢ في المادة ١٥ منه على أنه فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. وهذا الاستثناء الأخير قد ينصرف إلى جواز تحويل بعض الجهات من غير المحاكم سلطة الفصل في المنازعات. ولا يتفق هذا المعنى مع ما عبر عنه الدستور بشأن تولى المحاكم مباشرة السلطة القضائية، مما جعله مقصوداً على احتمال إنشاء أنواع جديدة من المحاكم لم ينص عليها قانون السلطة القضائية.

وجدير بالإشارة أن قضاء المحكمة العليا (التي كان لها اختصاص المحكمة الدستورية العليا) قد استقر على أن السلطة القضائية هي سلطة أصيلة تقف على قدم المساواة مع السلطين التشريعية والتنفيذية، وتستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته لا من التشريع، وقد أناط بها الدستور وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقي السلطات، ومن ثم فلا يجوز عن طريق التشريع إهدار ولاية تلك السلطة كلياً أو جزئياً، ولئن نص الدستور في (المادة ١٦٧) منه على أن «يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، فإن المقصود بذلك أن يتولى الشارع توزيع ولاية القضاء كاملة على تلك الهيئات على نحو يكفل تحقيق العدالة، ويمكن الأفراد من ممارسة حق التقاضي دون مساس بالسلطة القضائية في ذاتها أو عزل لجانب من المنازعات من ولايتها، فإن تجاوز القانون هذا القيد الدستوري وانتقص من ولاية القضاء ولو جزئياً كان مخالفاً للدستور»^(١).

وواضح من المادة ١٦٥ من الدستور أن المحاكم هي التي تتولى السلطة القضائية. ومفاد هذا النص أن المحاكم وحدها هي التي تتمتع بالضمان الدستوري لطبيعتها

(١) مجموعة الأحكام العليا - القسم الأول - الدعويان رقمي ٢ و ٦ لسنة ١ قضائية عليا «دستورية»، جلسة ٦ نوفمبر سنة ١٩٧١ ص ٣٠، ٤٣.

القضائية . أما ما عدا ذلك من الهيئات ، فإن طبيعتها القضائية لها قيمة تشريعية بحتة . وعندنا أن المعيار الذى يجب أن يلتزمه القانون فى إضفاء الصفة القضائية على إحدى الهيئات هو فى طبيعة الوظيفة التى تنهض بها ، وهى الوظيفة القضائية .

ويتحدد نطاق هذه الوظيفة فى ضوء تحديد وظيفة المحاكم بوصفها المختصة أساسا بتولى السلطة القضائية بنص الدستور . وتتمثل وظيفة المحاكم بوجه عام فى تقرير الحل القانونى فى نزاع معين . ويتم الوصول إلى هذا الحل من خطوات معينة هى الادعاء بوجود مخالفة للقانون ، والتحقق من مدى وجود هذه المخالفة ، ثم الفصل فى الادعاء وتقرير الحل القانونى المناسب . وفى كل من هذه الخطوات الثلاث يجب أن يكون التدخل من أجل تحقيق هدف واحد هو استلزام إرادة القانون لتقرير الحل المناسب^(١) .

٢٣٧- الضمان القضائى فى إقامة الدعوى الجنائية

يتعين لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة . فإذا ثبت أن المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة إليه ، فلا تتوافر الحقيقة الواقعية التى تبرر توقيع العقاب على هذا المتهم .

ولا تملك الدولة قبل صدور حكم الإدانة ومعاقبة المحكوم عليه الالتجاء إلى التنفيذ المباشر على المتهم ولو اعترف طواعية واختيارا بواسطة أجهزتها المختصة بارتكاب الجريمة ، أو قبل برضائه العقوبة المنصوص عليها قانونا .

وعلة ذلك أن حق الدولة فى العقاب ينطوى على مساس جسيم بحرية المتهم ، وهو ما لا يمكن إقراره ولا تحديد مداه إلا بواسطة جهاز مستقل محايد هو القضاء ، بوصفه الحارس الطبيعى للحريات . ولا تقتصر أهمية هذا التدخل على كشف الحقيقة ، بل إنها تمتد كذلك إلى تحديد نطاق حق الدولة فى عقاب الجانى .

وفى هذا الشأن يتوقف دور القاضى على تحديد مضمون حق الدولة فى العقاب وفقاً للسياسة الجنائية التى يعتنقها القانون الوضعى .

DUGUIT; "L'acte administratif et l'acte juridictionnel" Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1906, p. 451 et s.; Traité du droit constitutionnel, 2ème édition, 1923, tome II, La théorie générale de l'Etat, p. 320 et s.

وقد ثار البحث عما إذا كان القاضى هو الذى ينشئ حق الدولة فى العقاب أم أنه يقتصر على مجرد تقريره . وقد ذهب البعض ^(١) إلى أن الحكم القضائى لا يقتصر دوره على مجرد تقرير هذا الحق بل هو الذى ينشئه . ويساند هذا الرأى مبدأ (لا عقوبة بغير حكم قضائى) ، وإلى أن نشوء حق الدولة فى العقاب قبل صدور الحكم لا يتفق مع ما قد تنتهى إليه الدعوى الجنائية من الحكم ببراءة المتهم . وهو رأى مردود بأن الحكم بالإدانة كاشف لحق الدولة فى عقاب المحكوم عليه .

والواقع أن هناك تلازما بين الدعوى الجنائية وحق الدولة فى العقاب ، فلا عقوبة بغير دعوى جنائية . ويعتبر الحق فى الدعوى الجنائية ممارسة للحق فى التقاضى أمام القضاء الجنائى ، وهو حق مفتوح أمام النيابة العامة وغيرها من الجهات التى حددها القانون . ويختلف هذا المبدأ عما هو مقرر فى قانون المرافعات ، إذ إن الحق فى الدعوى المدنية له كيان مستقل عن الحق الموضوعى ، بناء على أنه قد يوجد الحق دون أن تحميه دعوى ، باعتبار أنه يمكن السوفاء بالحق الموضوعى بطريقة الاختيار بدون حاجة إلى دعوى وبدون اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى . كما أن هناك من الدعاوى مثل دعوى الحيازة لا تستند إلى حق موضوعى .

ومع ذلك ، فقد ذهب البعض إلى أن قانون الإجراءات الجنائية يتفق مع قانون المرافعات المدنية والتجارية فى هذا الشأن ، لأنه يعالج بعض الدعاوى الجنائية التى لا تستند إلى حق العقاب ، وذلك كما فى الحالات التى تختص فيها المحكمة الجنائية بتطبيق قانون العقوبات الأجنبى ^(٢) ، والحالات التى يجوز فيها للمدعى بالحق المدنى تحريك الدعوى الجنائية دون أن يكون له حق فى العقاب ^(٣) .

وهذا الاعتراض مردود بأنه فى الحالات التى تسمح فيها الدولة بتطبيق القانون الأجنبى تعترف ضمنا بتجريم السلوك الذى ينطبق عليه هذا القانون ، أى أن هذا السلوك يعتبر معاقبا عليه وفقا للقانون الوطنى فى الحدود التى يضعها هذا القانون ، وبالتالي ينشأ للدولة حق فى عقاب الجانى بمجرد ارتكاب هذا السلوك . كما أن المدعى المدنى حين يحرك الدعوى الجنائية تختص النيابة العامة وحدها بمباشرتها .

DELOGU; La loi pénale et son application, Le Caire, Tome 1, 1956 - 1957, pp. 149 et 155. (١)
ZLATARIC; Droit pénal international, cours de doctorat. Université du Caire, 1967 - 1968 (٢)
p. 150.

DELOGU, op. CIT., p. 127.

(٣)

ونظرا للارتباط بين حق الدولة في العقاب وحق الدعوى الجنائية، فقد نص الدستور في المادة ٧٠ منه على أنه «لا تقام الدعوى الجنائية إلا بأمر من جهة قضائية، فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون». وهذه القاعدة المقررة في المادة ٧٠ من الدستور تمثل أصلا ثابتا، ومن ثم كان منطقيا أن تشير إليها المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ بنصها على أن تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون. وقد رددتها المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، فيما نصت عليه من أن للنيابة العامة دون غيرها، الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وما يعنى أن الأصل في رفعها أن يكون عائدا إلى الجهة القضائية (النيابة العامة) دون غيرها، يفيد أن ما نصت عليه المادة ٧٠ من الدستور بشأن استثناء الأحوال التي يحددها القانون يجب تحديده في إطار التناسب الذي يحقق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة. وتتجلى هذه الأحوال إما في إعطاء الحق في إقامة الدعوى الجنائية لغير النيابة العامة، أو في تقييد حرية إقامة الدعوى بقيود معينة هي الشكوى والطلب والإذن في بعض الأحوال.

أما عن إعطاء الحق في إقامة الدعوى الجنائية لغير النيابة العامة، فيتمثل في حق التصديق المقرر لمحكمة الجنايات (المادتان ١١ و ١٣ إجراءات) وللدائرة الجنائية بمحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن في المرة الثانية (المادتان ٢١ و ٣١ إجراءات)، وفي حق إقامة الدعوى الجنائية في جرائم الجلسات (المادة ٢٤٤ إجراءات)، وفي حق المدعى بالحقوق المدنية في الادعاء المباشر (المادة ٢٣٢ / ١ إجراءات).

وننبه إلى أن أوامر الإحالة الصادرة من قاضي التحقيق هي محض تصرف في التحقيق. أما إقامة الدعوى الجنائية، فيتم بواسطة النيابة العامة بمجرد طلب ندب قاض للتحقيق (المادتان ٦٣ / ٢ و ٦٧ إجراءات)، وهو ما يسرى على مستشار التحقيق (المادتان ٦٥ و ٦٧ إجراءات). وننبه أيضا إلى حضور المتهم بالجلسة أمام محكمة الجناح والمخالفات دون تكليف بالحضور وقبوله المحاكمة مشروط بتوجيه التهمة إليه من النيابة العامة - دون غيرها - وهو ما يعتبر في ذاته تحريكا للدعوى الجنائية كبديل عن التكليف بالحضور.

وهذه الأحوال المتقدمة استثناء على الأصل العام، مما لا يجوز معه تنظيم ممارستها،

دون تقيد بغير الشروط الموضوعية التي لا يناقض تطبيقها حكما في الدستور^(١). وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن حظر إقامة الادعاء المباشر في الحالتين المبينتين في المادة ٢٣٢/٣ إجراءات^(٢)، يتفق مع اعتبار الحق في الادعاء المباشر استثناء من أصل رفع الدعوى الجنائية بأمر من جهة قضائية، وأن المشرع قد أغلق في حدود سلطته التقديرية ولاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة هذا الطريق في مجال الجرائم الوظيفية دون ما إهدار للحق في ملاحقة مرتكبيها جنائيا وفق مقاييس موضوعية وعلى ضوء الأدلة التي تعزز الاتهام وترجمته^(٣).

أما تقييد حرية إقامة الدعوى الجنائية بقيود إجرائية معينة، هي الشكوى والطلب والإذن، فإنه لا يعدو أن يكون قيودا استثنائيا على سلطتها في مجال تحريكها، ومفترضا إجرائيا لجواز مباشرتها^(٤)، ضمنا لحق أو حرية يحميها الدستور أو القانون، وهذا القيد عني يرد على الحق في الدعوى الجنائية، سواء كان هذا الحق للنيابة العامة بحسب الأصل، أو كان مخولا لغيرها في الحالات السالف بيانها. ومع ذلك، فإنه في جرائم الجلسات، فإنه لا يتوقف رفع الدعوى في هذه الحالة على شكوى أو طلب، إذا كانت الجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣ و ٨ و ٩ من قانون الإجراءات الجنائية (المادة ٢٤٤/٢ إجراءات). أما إقامة الدعوى الجنائية من خلال التصدي الذي تباشره

-
- (١) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».
- (٢) وهما: (١) إذا صدر أمر من قاضى التحقيق أو من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى ولم يستأنف المدعى بالحقوق المدنية الأمر في الميعاد أو استأنفه فأيدته محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة.
- (٢) إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه في أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات.
- (٣) دستورية عليا في ١٨ من إبريل سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٥، المجلد الأول ص ٢٩٤. وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في حكمها المذكور إلى أن المشرع وازن بين أمرين: أولهما الضرورة التي يقتضيها استعمال الحق في الادعاء المباشر في إطار الأغراض التي شرع بها، وثانيها الأضرار التي ينبغي توقيها إذا نقض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتنكها، مهددا بذلك مسئولية أداء العمل العام.
- (٤) ويلاحظ أنه في حالة الإذن باتخاذ الإجراء قبل رجال القضاء فإنه يحمى حقا دستوريا هو استقلال القضاء، وأن الإذن باتخاذ الإجراء قبل عضو البرلمان فإنه يحمى حقا دستوريا هو الحصانة البرلمانية لا يبدونه من آراء وأقوال داخل المجلس. والحماية تكون في مواجهة الكيدية للمساس باستقلال القضاء، أو الكيدية لأداء عضو البرلمان داخل المجلس حرية تامة.
- وانظر: دستورية عليا في ٤ مايو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٧، ص ٥٧٤.

محكمة الجنايات أو محكمة النقض عند نظر الموضوع؛ فإنها تفترض ورودها على وقائع جديدة مستقلة عن الواقعة الأصلية محل الدعوى الأصلية، سواء كانت هذه الجرائم مشتقة عن الجرائم التي تقوم عليها هذه الواقعة الأصلية أو تكون جرائم (جنايات أو جنح) مرتبطة بها. ولا يجوز ذلك إلا بعد استيفاء القيد الإجرائي الخاص بها، في حالة وجوده. ولا يجوز القياس هنا على جرائم الجلسات لاختلاف العلة، كما أن الاستثناء لا يقاس عليه^(١). ويتربط على عدم استيفاء هذا القيد بطلان تحريك الدعوى الجنائية القائم على التصدي وما يترتب عليه من إجراءات.

ويتطلب حق النيابة العامة في الدعوى الجنائية أن تنتهي هذه الدعوى بحكم قابل للنفاذ أيًا كان منطوقه، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التي يتطلبها القانون. فكما قضت المحكمة الدستورية العليا لا تكتمل مقومات حق التقاضي أو يبلغ غايته ما لم توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلا منصفا هو اقتضاء منفعة يقررها القانون، وأنه إذا كانت الوسائل القضائية المتاحة لا توفر الحماية اللازمة لصون حقوقه، فلا طائل من وراء حق التقاضي^(٢). وتطبيقا لهذا المبدأ على الدعوى الجنائية، فإنه إذا نص القانون على حق أية جهة في تعطيل تنفيذ الحكم القضائي، كان ذلك مجافيا لفعالية الحق في الدعوى الجنائية وحق الدولة في العقاب. فهذه الفعالية كما قالت المحكمة الدستورية^(٣)، لا تتوقف على مجرد الحق في اللجوء إلى القضاء بل يجب أن توفر الدولة إمكانية تنفيذ هذا الحق.

(١) قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وقضاء النقض للدكتور مأمون سلامة، طبعة نادى القضاة، ص ١٣٢، وانظر: الدكتور عادل قورة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٧، ص ٢٠١.

(٢) دستورية عليا في ١٣ إبريل سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية (دستورية). مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني)، القاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن حق التقاضي لا تكتمل مقوماته ما لم توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلا منصفا يمثل التسوية التي يعتمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها. وقالت محكمة النقض بأن الامتناع عن تنفيذ الترضية القضائية (أي حكم المحكمة) أو عرقلة هذا التنفيذ أو تعطيله بعمل تشريعي، يعتبر عدوانا من السلطة التشريعية على الولاية الثابتة للسلطة القضائية. وبناء على هذا المبدأ قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية عجز الفقرة الثانية من البند (ب) من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فيما نص عليه من أنه «ويشترط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر» على أساس أن النص المذكور عطل الآثار القانونية لحكم الطرد، لأنه جعل تنفيذه رهنا بإرادة المستأجر. (دستورية عليا في ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٣) دستورية عليا في ١٣ إبريل سنة ١٩٩٣ المشار إليه.

هذا مع مراعاة أن تنفيذ الحكم الجنائي يتوقف على منطوقه الذى قد ينص على وقف تنفيذ العقوبة لأسباب تتعلق بأهداف العقاب .

وإذا كان القانون قد أجاز لغير النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية ، فإن ذلك لا يسلب النيابة العامة صفتها كأمينة على الدعوى الجنائية ولو حركها غيرها من الأفراد فى حدود القانون . وتأكيذا لذلك فإنه فى صدد الادعاء المباشر لا يملك الفرد غير الحق فى تحريك الدعوى الجنائية دون أن يمتد هذا الحق إلى الدعوى ذاتها إذ يظل الحق فيها حكرا على النيابة العامة التى تلتزم قانونا بمباشرتها ولو تقاعس المدعى المدنى فى منتصف الطريق .

٢٣٨- ترك الدعوى الجنائية وانقضاؤها بإرادة الخصوم

جاء التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٩٨ الصادر بالقانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨ فنص فى المادة ٢٦٠/٢ إجراءات على أن يترتب على ترك الدعوى المدنية أو اعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركا لها - بعد أن أقامها بالادعاء المباشر، الحكم بترك الدعوى الجنائية ، ما لم تطلب النيابة العامة نظرها^(١) . هذا مع ملاحظة أنه إذا تنازل المدعى المدنى عن الشكوى فى الجرائم المعلق رفعها على شكوى من المجنى عليه تنقضى الدعوى الجنائية بهذا التنازل .

وقد أخذ التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بفكرة الصلح بين المتهم والنيابة العامة فى المخالفات والجنح التى لا يوجب القانون فيها الحكم بغير الغرامة (المادة ١٨ مكررا) . ومن ناحية أخرى ، أجاز الصلح بين المتهم والمجنى عليه ، وأطلق عليه التصالح (المادة ١٨ مكررا أ) من قانون الإجراءات الجنائية ، تمييزا له عن الصلح الذى تعقده النيابة العامة . وعلى هذا النحو أجاز للمجنى عليه (فى المادة ١٨ مكررا أ) فى جرائم معينة أن يطلب التصالح من النيابة العامة أو المحكمة فى حدود معينة ، ويترتب على ذلك إثبات صلحه مع المتهم وتنقضى بذلك الدعوى الجنائية . ويشترط لذلك بطبيعة الحال موافقة المتهم^(٢) . وهذا النظام

(١) وقد أخذ بهذا الحكم القانونى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى فى المادة ٤٢٥ .

(٢) ويعتبر الصلح والتصالح بين المجنى عليه والمتهم إحدى صور بدائل الدعوى الجنائية المسمى بالتوسط «mediation» (انظر: Vade-mecum, op. cit., p. 135) .

الإجرائي لانقضاء الحق في الدعوى الجنائية بغير حكم (الصلح والتصالح) لا يتمتع بحجية إيجابية فيما يتعلق بثبوت التهمة أو نفيها ومن ثم فلا حجية له أمام القضاء المدني، ويقتصر أثره على الحجية السلبية المتمثلة في انقضاء الدعوى الجنائية. وغنى عن البيان، فإن مبلغ الصلح لا يعتبر عقوبة، ولا تسرى عليه أحكامها، والمتهم في جميع الحالات يملك كامل الحرية في قبول الصلح من عدمه^(١).

ومن ناحية أخرى، فقد ذهب البعض^(٢) إلى أن الدولة قد تحصل على سلطتها في العقاب دون الحاجة إلى دعوى جنائية، كما في الصلح الضريبي، كما قيل بأن المحكوم عليه قد ينفذ العقوبة تنفيذا اختياريا لا جبريا كما في حالة الغرامة إذ لا يوقع عليه الإكراه البدني إلا إذا لم يدفع المحكوم عليه باختياره هذه الغرامة (المادة ٥٠٧ إجراءات)، وكما في حالة الحكم بعقوبة الحبس البسيط التي لا تزيد على ثلاثة شهور إذ يجوز للمحكوم عليه أن يطلب بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس تشغيله خارج السجن (المادة ٤٧٩ إجراءات).

وهذا الرأي مردود بأن الصلح الضريبي أجازته القانون لعلة خاصة هي ما تنطوي عليه الجرائم الضريبية من الاعتداء على المصالح المالية للدولة. كما أن مبلغ الصلح لا يعتبر عقوبة. ولما كان ارتكاب الجريمة الضريبية ينشئ للدولة حقا في التعويض وحقا في العقاب، فقد راعى القانون في هذا النوع من الجرائم أن تكون الغرامة المحكوم بها ذات طبيعة مختلطة أي تجمع بين عنصرى التعويض والعقاب^(٣).

(١) قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ٢٧ فبراير سنة ١٩٨٠ بأن الصلح الجنائي يقع تحت تأثير الإكراه إذا أغلقت جهة الإدارة محل المتهم حتى يدفع مبلغ الصلح أو يفصل في الدعوى الجنائية، وذهبت المحكمة إلى أن المتهم في هذه الحالة حرم من الحق في محاكمة عادلة (انظر: Vade-mecum, op. cit., p. 19). ولا شك أن الأمر يتوقف على ما إذا كان غلق المحل قد صدر وفقا للقانون من عدمه.

(٢) ELOGU; op cit., p. 153.

(٣) انظر مقالنا عن الغرامة الضريبية، مجلة القانون والاقتصاد في سنة ١٩٦٠ ص ٤٢٩، نقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ رقم ١٥٨ ص ٧٩٩، ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ رقم ١٧٩ ص ٩٢٧، ومؤلفنا - الجرائم الضريبية - القاهرة لعام ١٩٩٠، وقد قدر المشرع أن أداء حق الدولة في التعويض عن طريق الصلح ينطوي في حد ذاته على إيلا مالى للمحكوم عليه من شأنه أن يعوق احتمال عودته إلى مثل هذه الجريمة مرة أخرى، وبخاصة أنه لم يرتكبها إلا من أجل كسب مال غير مشروع. وهذا الاعتبار هو الذى حدا بالمشرع إلى أن يرتب على الصلح في هذا النوع من الجرائم انقضاء الدعوى =

وقد تعرض اصطلاح «الصلح الجنائي transaction pénale» لانتقاد جانب من الفقه، بناء على أن هذا الصلح ليس إلا عقدا بين المتهم والنيابة العامة، وهو أمر غريب في المسائل الجنائية، باعتبار أن المجال الأصيل للصلح هو المسائل المدنية^(١).

٢٣٩- السيادة القضائية وتسليم المجرمين

بينما فيما تقدم أن السلطة القضائية تمارس مظاهرها من سيادة الدولة. إلا أنه أمام زيادة الإجرام سواء على المستوى الداخلى أو الدولى أو بين الدول، زادت طلبات تسليم المجرمين من بعض الدول التى تتأثر مصالحها بوقوع الجريمة. وقد أثارت هذه الطلبات مسألة السيادة القضائية للدولة. فالهدف من تسليم المجرمين ليس فى بحث مدى ثبوت التهمة أو إنكارها، وإنما هى فى تحديد الدولة التى يجب فيها محاكمة المتهم، أو تنفيذ العقوبة عليه إذا كان قد صدر عليه حكم من قضاء دولة أخرى^(٢).

= الجنائية أو وقف تنفيذ العقوبة حسب الأحوال. وقد قضت محكمة النقض بأن الصلح هو بمثابة نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها فى الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذى قام عليه الصلح، ويحدث أثره بقوة القانون مما يقتضى من المحكمة إذا ما تم التصالح فى أثناء نظر الدعوى أن تحكم بانقضاء الدعوى الجنائية. أما إذا تراخى إلى ما بعد الفصل فى الدعوى فإنه يترتب عليه وجوب وقف تنفيذ العقوبة الجنائية المقررة بها (نقض ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة الأحكام س ١٤ رقم ١٦٩ ص ٩٢٧ و ١٩ يناير سنة ١٩٨٢ س ٣٣ رقم ٦ ص ٤٦) ويلاحظ أيضا أن كلا من قانون تحقيق الجنايات الملغى (١٩٠٤) وقانون الإجراءات الجنائية الحالى (المادة ١٩ قبل تعديلها) كان يميز الصلح فى بعض المخالفات البسيطة. وفى هذه الأحوال لا يمكن القول بأن اقتضاء مبلغ الصلح هو تنفيذ لحق العقاب بدون دعوى جنائية. فمبلغ الصلح ليس عقوبة ينفذها المحكوم عليه، وما الصلح إلا نوع خاص من التنظيم الإجرائى بغير طريق الدعوى الجنائية أجاز القانون فى نوع من الجرائم - معظمها قليل الأهمية - للحد من إطالة الإجراءات إذا باشرت الدولة حقها فى العقاب. ولذلك، فإن عرض الصلح على «المتهم» بارتكاب الجريمة لا يعتبر تحريكا للدعوى الجنائية قبله. أما أن يقوم المحكوم عليه بالغرامة بدفعها باختياره، فذلك وضع لا يمنع من أنه يقوم بهذا التنفيذ كرها عنه خضوعا لأمر القانون تحت وطأة التهديد بالإكراه البدنى. وبالنسبة للمحكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تزيد على ثلاثة شهور، فإن كل ما له هو أن يطلب تغيير هذه العقوبة بالعمل خارج السجن، وهو طلب خاضع لتقدير السلطة المختصة، وليس له أن يقلت من عقوبة الحبس بنفسه أو باختياره.

(١) انظر:

Vade-Mecum Penologique; Mesures et peines alternatives, Editieun UGA, 1997, p. 17.

(٢) انظر:

Cherif Bassioiuni, International Extradition: United States law and practice, Third edition, Oceana publications Inc. Dobbs Ferry, New York, 1996, p.18.

ولهذا يعتبر تسليم المجرمين عملاً من أعمال السيادة "sovereign act" له إجراءاته الخاصة، والتي تتمثل في أن دولة صاحبة سيادة تسلّم إلى دولة أخرى صاحبة سيادة شخصاً يشتبه في اتهامه بجريمة أو مذنباً قضى بإدانته. ونظراً لتعلق الموضوع بسيادة الدولة، فإن معظم الدول ترى أن واجب التسليم يجب أن يتم وفقاً لمعاهدة. ولهذا انتشر عدد المعاهدات الإقليمية بجانب الاتفاقيات الثنائية التي تعالج تسليم المجرمين^(١). وقد يتم تسليم المجرمين خارج نطاق المعاهدات اعتماداً على المعاملة بالمثل أو المعاملة في نطاق المبادئ الدولية للتعاون بين الأمم، على أنه في هذه الحالة يجب أن يتم وفقاً للتشريع الداخلي للدولة التي تأذن بالتسليم وفي حدود ما يتطلبه من قواعد وإجراءات^(٢).

ويعتمد تسليم المجرمين سواء تم في إطار المعاهدة الدولية أو على أساس المعاملة بالمثل أو المجاملة، على أساس أن مصالح الدولة طالبة التسليم قد أصيبت بسبب سلوك الشخص الذي يقيم في الدولة المطلوب منها التسليم. ويفترض ذلك الطلب أن الدولة التي يقيم فيها المتهم ليست لها مصلحة أعلى من مصلحة الدولة طالبة التسليم، في أن تحاكم هذا المتهم بواسطة قضائها. وفي ضوء التوازن بين مصالح الدولتين يتم قبول طلب التسليم أو رفضه، ويتم حسم النزاع حول ولاية "jurisdiction" كل من الدولتين في محاكمة المتهم - عند نشوء هذا النزاع. فلاشك أن الدولة طالبة التسليم لا بد أن تدعم طلبها على أساس قانوني يتمثل في ولايتها في محاكمة المتهم. على أنه من المسلم به أيضاً أن كل دولة لها السلطة في محاكمة المتهمين داخل اختصاصها الإقليمي، فذلك أمر يمس صميم سيادتها الداخلية. وبالتالي، فإن طلب تسليم المجرمين يثير تدخلا بين السيادة والولاية. ولما كان سلوك المتهم داخل إقليم الدولة أو خارجه قد يؤثر في مصالح أكثر من دولة، فإن ذلك من شأنه أن يثير تنازعا حول الاختصاص الولاىي بمحاكمة هذا المتهم.

(١) وافق مجلس جامعة الدول العربية في ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ على اتفاقية تسليم المجرمين.

(٢) وقد يُعقد اتفاق خاص ad hoc بين الدولتين لإشباع احتياجات جرائم معينة. انظر:

C.Bassiouni, op. cit., p.18.

وفي هذا الصدد، توجد خمس نظريات تحكم الاختصاص الولائي الإقليمي بمحاكمة المتهم:

- (١) نظرية تعتمد على مكان وقوع الجريمة .
- (٢) نظرية الشخصية الإيجابية والتي تعتمد على جنسية المتهم .
- (٣) نظرية الشخصية السلبية والتي تعتمد على جنسية المجنى عليه .
- (٤) نظرية المصلحة المحمية والتي تعتمد على المصلحة الوطنية التي مستها الجريمة ، وهى نظرية قريبة من نظرية الشخصية السلبية ، ولكنها أوسع نطاقاً لأنها تمكن الدولة من أن تصل خارج حدودها لحماية مصالحها التي تمس خارجها ، فهى نظرية الذراع الطويل للولاية القضائية والتي تعتمد على الطابع الدولى للجريمة .
- (٥) نظرية العالمية وتعتمد على الطابع الدولى للجريمة .

ويلاحظ أنه عند الإشارة إلى الإقليم فى التشريع الوطنى أو فى المعاهدة ، فإن هذا الاصطلاح ينصرف إلى النظرية الأولى التى تعتمد على مكان وقوع الجريمة فى حدود معناه الواسع أو الضيق وفقاً للتشريع الوطنى للدولة طالبة التسليم بشرط موافقة الدولة المطلوب منها التسليم على هذا المعنى^(١).

ويلاحظ أنه وفقاً لاتفاقية فيينا حول العلاقات الدبلوماسية (١٨ إبريل سنة ١٩٦١)، واتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية (٢٤ إبريل سنة ١٩٦٣) لا تملك الدولة المعتمد إليها الدبلوماسية اتهاامه أو تسليمه إلى أية دولة أخرى ، وكل ما تملكه هو أن تعتبره شخصاً غير مرغوب فيه وتطلب منه مغادرة البلاد فى مدة معينة ، إلا أنه إذا عاد إلى هذه الدولة بعد انحسار صفته الدبلوماسية لديها ، فإنه يجوز خضوعه للمحاكمة أمامها ، لأن حصانته ترتبط بوظيفته الدبلوماسية لا بشخصه . وكذلك الشأن بالنسبة إلى رؤساء الدول ، فإنه رغم حصانتهم من المحاكمة لدى دولة أخرى غير دولهم ، فإنه منذ إنشاء المحكمة الدولية لمحاكمة المجرمين فى نورمبرج سنة ١٩٤٥ لا يتمتع رؤساء الدول بهذه الحصانة عن الجرائم الدولية مثل جريمة الاعتداء على السلام ، وجرائم الحرب ، وجرائم الاعتداء على الإنسانية ، وجريمة إبادة الجنس (صدرت فى ٩

C. Bassiouni, op. cit., p.297.

(١)

ديسمبر سنة ١٩٤٨^(١). وقد قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ بإجماع الآراء اعتماد مبادئ القانون الدولي المعترف بها بواسطة ميثاق محكمة نورمبرج والحكم الذى أصدرته هذه المحكمة. ومنذ ذلك الوقت، لا يفلت رئيس الدولة من مسئوليته الشخصية إذا ساهم فى أعمال تعتبر وفقا للقانون الدولي جرائم ضد الإنسانية. وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم ٣٠٧٤ فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٣ الذى يطالب الدول بتسليم المتهمين بجرائم الاعتداء على الإنسانية والعمل على تقديم العون لمحاكمتهم، والامتناع عن اتخاذ أى إجراء تشريعى أو غيره يعوق التزاماتها الدولية بالقبض على هؤلاء المتهمين أو عقابهم أو تسليمهم.

وواضح مما تقدم، أن تسليم المجرمين عمل من أعمال السيادة تحكمه مبادئ القانون الدولي التى تعتبر جزءا من التشريع الداخلى للدولة وتمارسها طبقا لالتزاماتها الدولية وفى حدود مبادئ التعاون الدولي، وذلك فى حدود الدستور.

٢٤٠- المتطلبات العامة للضمان القضائى

يفترض الضمان القضائى أن يتمتع القضاء بالاستقلال والحياد. وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن استقلال السلطة القضائية أمر لازم لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلوذون بها على الترضية القضائية التى يطلبونها عند

(١) أصدر مجلس اللوردات البريطانى فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٩٨ حكما بأن السناتور Pinochet (رئيس دولة شيل السابق) الذى اعتقل فى لندن بناء على طلب أحد القضاة الأسبان بسبب اتهامه بجرائم من هذا النوع وقعت على أسبانيين، لا يتمتع بحصانة من الاتهام، وأن إجراءات تسليمه تظل واجبة الاتباع. وقد عدل المجلس عن هذا القرار فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٩٨ بعد أن اتضح أن أحد أعضاء اللجنة الاستئنافية التى أصدرت قرارها الأول قد فقد شرط الحياد. وأعيد نظر الموضوع مرة أخرى أمام محكمة استئناف بتشكيل جديد فأصدرت فى ٢٤ مارس سنة ١٩٩٩ قرارا بصحة إجراءات القبض على بينوشيه وفتحت الطريق أمام اتخاذ الإجراءات نحو تسليمه إلى أسبانيا، إلا أن المحكمة قررت أن بينوشيه لا يمكن اتهامه بأى فعل ارتكب قبل ١٩٨٨ وهو التاريخ الذى انضمت فيه بريطانيا إلى الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب. ولما أصدر وزير الداخلية البريطانى قرارا بالبدء فى إجراءات التسليم طعن فى القرار أمام المحكمة فرفضت هذا الطعن. انظر:

Judgments - Regina V. Bartle and the commissioner of police for the metropolis and others Ex parte Pinochet (on appeal from a divisional court of the queen's bench division).

وقوع عدوان على حقوقهم وحررياتهم^(١). كما أكدت أن حيدة السلطة القضائية عنصر فعال في صون رسالتها لا تقل شأنًا عن استقلالها بما يؤكد تكاملها^(٢).

وعلى هذا النحو يكون استقلال القضاء وحيدته ضمانين تنصبان معا على إدارة العدالة بما يكفل فعاليتها، وهما بذلك متلازمان. وفي هذا الشأن أكدت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا جاز القول - وهو صحيح - بأن الخصومة القضائية لا يستقيم الفصل فيها حقا وعدلا إذا خالطتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر بشأنها - ما كان منها خارجيا أو معتدلا في دخائل النفس البشرية - وأيا كانت دوافعها أو أشكالها، فقد صار أمرا مقضيا أن تتعادل ضمانتا استقلال السلطة القضائية وحيدتها في مجال اتصالهما بالفصل في الحقوق انتصافا ترجيحيا لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معا القيمة الدستورية ذاتها، فلا تعلو إحداهما على أخراهما أو تجبها، بل تتضامنان تكاملا، وتتكافآن قدرا^(٣).

وواقع الأمر، أنه بغض النظر عن استقلال القضاء، فإن صفة الحياد فيه هي التي تمكنه من إدارة العدالة الجنائية، وذلك بإجراء محاكمة منصفة. ولا يجوز الخلط بين حياد القضاء واستقلاله؛ فاستقلال القضاء يعنى عدم التدخل في شئونه، وهو شرط بديهي لتكوين حياده. ومن ثم، فإن استقلال القضاء شرط لحياده. فالقاضي الذي لا يتمتع بالاستقلال تثار الشبهات حول حياده، ولكن استقلال القضاء لا يكفى وحده لاستخلاص حياده ما لم يتأكد ذلك بضمانات أخرى. وبعبارة أخرى، فإن حياد القضاء يفترض استقلاله وليس العكس.

ويتعين فيمن يتولى وظيفة القضاء أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية للصلاحيات في القيام بهذا العمل، سواء فيما يتعلق بالصلاحيات القانونية وغير ذلك من المتطلبات التي تكفل فهم القضايا على اختلاف أنواعها وما تثيره من مشكلات قانونية وغير قانونية تتصل بمختلف العلوم. ومن ثم، فالقضاء ليس مجرد ولاية تضافى على أى شخص حتى يكون قاضيا. فالصلاحيات الموضوعية شرط لا غنى عنه لكى يقوم بالقضاء بمهمته

(١) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٦٢ سنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨ السالف الإشارة إليه.

(٣) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨ السالف الإشارة إليه.

التي ناطه بها الدستور. ووفقا لهذا المبدأ قضى المجلس الدستوري في فرنسا بأنه يجب على المشرع في مزاولة اختصاصه المتعلق بشئون القضاء أن يضع نصوصا تتفق مع القواعد والمبادئ الدستورية، وبوجه خاص ما يتعلق - ليس فقط باستقلال القضاء وعدم قابلية القضاة للعزل، وإنما كذلك أيضا يجب أن تتوافر في رجال القضاء الصلاحية، والمهارة التي تلزم لشغل الوظيفة القضائية، فتضمن بذلك مساواة المواطنين أمام القضاء. و أضاف المجلس الدستوري أن وظائف القضاء يجب بحسب الأصل أن يشغلها أشخاص يهدفون إلى نذر حياتهم المهنية لتحقيق العدالة^(١).

وواقع الأمر، أن شرط الصلاحية سالف البيان لازم وضروري لتوفير ثلاثة ضمانات هي استقلال القضاء، وحياده، والمساواة أمام القضاء. وبهذه المتطلبات تتوافر الثقة التي نوليها للقضاء حتى يتبوأ مركزه بوصفه حارسا تقليديا للحريات. فهي ليست مزايا للقضاة، بقدر ما هي ضمانات للتطبيق الصحيح للقانون، وحماية الحريات^(٢). وإذا كانت سيادة القانون تفترض استقلال السلطة القضائية، فإن هذا الاستقلال يقتضى خضوع القضاء لمبادئ واضحة تكفل حياده. وقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر المتطلبات المذكورة هي الحلقة الوسطى في حق التقاضى، وذلك باعتبار أن حق الشخص في اللجوء إلى القضاء هو مجرد حلقة من حق التقاضى تكملها حلقتان، الأولى (وهي الحلقة الوسطى) وتتمثل في متطلبات الضمان القضائى، والثانية هي توفير الحل المنصف الذى تقضى به المحكمة ويكون قابلا للتنفيذ^(٣). وتعتبر هذه المتطلبات من العمومية بحيث تسرى على جميع جهات القضاء، ومنها القضاء الجنائى.

Décision, No. 98 - 396, Dc du 19 Février 1998.

(١)

(٢) نصت المادة ٦٥ من الدستور المصرى على أن (تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانه ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات).

(٣) دستورية عليا في ٣ إبريل سنة ١٩٩٣، في القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٤) في ٨ إبريل سنة ١٩٩٣.

الفصل الثانى استقلال القضاء وحياده

المبحث الأول استقلال القضاء

٢٤١-المبدأ

يعتبر استقلال القضاء ركنا أساسيا فى مبدأ الشرعية بوجه عام وضمانا لسيادة القانون (المشروعية). ولهذا أكد كل من المؤتمرين السابع والثامن للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقدين فى ميلانو سنة ١٩٨٥، وفى كوبا سنة ١٩٩٠، أن مبدأ استقلال السلطة القضائية هو أساس الشرعية والمساواة أمام القانون. واستقلال القضاء يعنى تحرر سلطته من أى تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم خضوع القضاة لغير القانون^(١). فواجب القاضى فى تطبيق القانون يقتضى منه معرفة إرادة المشرع على الوجه الصحيح، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان كاملا الحرية فى استخلاص هذه الإرادة غير متأثر بفكرة معينة وغير خاضع لتدخل من هاتين السلطتين. ولا يعنى هذا الاستقلال التحكم أو الاستبداد فى رأى أو الحكم، ولكنه يعنى عدم الخضوع فى استخلاص كلمة القانون وتطبيقها لغير ضمير القاضى واقتناعه الحر السليم^(٢). ويعتبر استقلال القضاء عنصرا مهما فى شرف القضاء واعتباره، بدونيه يفقد القضاء قيمته وجدواه فى حماية الحريات. ولذلك نصت (المادة ٦٥) من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ على أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية

(١) تساءل Pierre truche الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية قبل بلوغه السن القانونية للمعاش عن علة عدم إخطار السلطة التشريعية التى تقرر التشريعات بكيفية تطبيقها بواسطة القضاة (حديث أدلى به لمجلة الفيجارو منشور بعدها الصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٩٩٩).

(٢) انظر فى الموضوع محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاة سنة ١٩٦٨ ص ٢٠٩ وما بعدها، المستشار محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، عالم الكتب، سنة ١٩٧٣ ص ٧١٨ وما بعدها. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء رسالة دكتوراه سنة ١٩٩١.

الحقوق والحريات^(١). كما نصت (المادة ١٦٢) من الدستور الكويتي الصادر سنة ١٩٦٢ على أن شرف القضاء، ونزاهة القضاة وعدلهم، أساس الملك وضمان للحقوق والحريات. والضمان التقليدي لاستقلال القضاء هو عدم قابلية أعضائه للعزل^(٢). يضاف إليهما ضمانان جديدان يتمثلان في حسن اختيار القضاة، وصلاحياتهم المهنية للقضاء. ويهيئنا في هذا الصدد التركيز على الصلاحية المهنية للقاضي لما له من تأثير غير مباشر على استقلال القضاء.

٢٤٢- الصلاحية المهنية للقاضي

قلنا إن استقلال القضاء يقتضى أن يكون بعيدا عن تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولا يخضع في قضاائه لغير حكم القانون. فلا يكفي أن يكون القضاء بمنأى عن التدخل في شئونه من بقية سلطات الدولة، بل يجب أيضا ألا يخضع في أداء وظيفته لغير حكم القانون. فهذا الضابط الأخير هو الذى يحقق لاستقلال القضاء تكامله ومعناه الإيجابي وهو عدم الخضوع في قضاائه لغير حكم القانون. ويمثل في التكوين المهني للقاضي في الوقت ذاته ضمانا لفعالية استقلال القضاء. فالقضاء مهنة قانونية قضائية يجب أن يتوافر فيمن يتقلدها التكوين المهني القانوني القضائي. ولهذا رأينا كيف أن المجلس الدستوري الفرنسي في ١٩ من فبراير سنة ١٩٩٨ قد أكد وجوب أن تتوافر لدى رجال القضاء الصلاحية والمهارات اللازمة لشغل الوظيفة القضائية، وأن ذلك يعتبر من المبادئ ذات القيمة الدستورية^(٣).

ويجب أن تراقب الدولة الشروط التي تكفل هذا التكوين. فلم تعد معرفة العلوم القانونية في العصر الحديث بالمهنة السهلة، بعد أن تعددت فروع القانون واختلفت

(١) وقد عبر الجنرال ديجول عن أهمية استقلال القضاء بقوله «إن حسن ضمان كفاية وشرف وحياد الدولة يتوقف على كفاءة استقلال القضاء واستمراره في المحافظة على حرية كل فرد» (خطابه في ميدان الجمهورية بباريس بتاريخ ٤ سبتمبر سنة ١٩٥٨ مشارا إليه).

Notes et Etudes documentaires, l'organisation judiciaire en France, 14 Fev. 1972, p.75.

(٢) انظر في هذا الموضوع كتابنا عن (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ص ٢٧٠-٢٨٣).
Décision No. 98 - 396, Dc du 19 Février 1998.

(٣)

هذا وقد صدر قانون عضوي سنة ١٩٩٩ بتعديل المادة الأولى من القانون العضوي organique الصادر في ٧ يناير سنة ١٩٨٨ يسمح باستمرار مستشاري محكمة الاستئناف وقضاة المحكمة الابتدائية بالاستمرار بعد بلوغهم السن القانونية - بناء على طلبهم - لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات. وقد أقر المجلس الدستوري دستورية هذا القانون عند أخذ رأيه فيه قبل إصداره (Déc. no.99-418 DC du 8 juillet 1999).

الموضوعات التى تعالجها، فضلا عن تضخم عدد التشريعات الخاصة فى كل مجال، بالإضافة إلى ما يتطلبه حل المشكلات القانونية من الإحاطة بكثير من المعلومات الاقتصادية والعلمية والصناعية والتجارية وغيرها. كل هذا بجانب ما يقتضيه تفسير القانون من الإحاطة بأحكام القضاء وتعلم المنطق القانونى. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه بعد انتشار العولمة وما صاحبها من معاملات تجارية دولية، وزيادة عدد المعاهدات الشارعة بما يترتب عليها من تطبيق القانون الأجنبى فى عدد كبير من الأحوال، يتعين إحاطة القاضى علما وتدريبه بما يمكنه من الفصل فى الدعاوى.

وإذا كان لم يعد من السهل الآن توفير التكوين المهنى لرجال القانون، فما بال الأمر بالنسبة إلى القاضى الذى يجب أن يبنى قضاءه على حكم القانون وحده.

ويمر تكوين القضاة بثلاثة مراحل: التكوين الأساسى (فى كليات الحقوق)، والتكوين المهنى (ويتم من خلال معاهد إعداد القضاة ثم بواسطة الخبرة العملية. وقد يسبق الالتحاق بهذه المعاهد اجتياز مسابقة من بين من استوفوا برنامجا تأهليا معينا لوظائف القضاء)، والتكوين المستمر (يتم من خلال الاطلاع الدائم الأساسى والدورات التدريبية). وتتمثل عناصر هذا التكوين فى جميع مراحل فى الملكة القانونية التى تهيئ للقاضى معرفة القانون؛ وفى القدرة على الحكم طبقا للقانون؛ ثم فى القدرة على الاستقراء والاستنباط السليم.

وفى هذا الشأن يوجد اتجاهان: الأول، هو القانونية "Juridisme". والثانى، هو النفسانية "Psychologisme". ويتطلب الاتجاه الأول ألا يراعى القاضى غير نص القانون. أما الاتجاه الثانى - وهو الاتجاه الحديث - فإنه يرتبط بتطور علوم الإنسان، ويجعل القضاء نوعا من الطب النفسى الاجتماعى له وظيفة اجتماعية.

ويتطلب التكوين القضائى أن يلم القاضى أولا بالمعلومات القانونية النظرية التى تكفل تكوين ثقافته القانونية ويتم ذلك من خلال معرفة القوانين الرئيسية، مع الإحاطة بأساليب الفن القانونى والمنطق القانونى.

وحتى يتمكن القاضى الجنائى من الحكم طبقا للقانون لتحقيق المصلحة الاجتماعية، يجب أن يكون قادرا على تقدير الأوجه غير القانونية للمشكلات التى تنبع من المجتمع الذى يطبق فيه القانون، وذلك بإحاطته بالعلوم الخاصة بها مثل الطب الشرعى، والطب العقلى، وعلم الإجرام والبوليس الفنى وغير ذلك من العلوم التطبيقية كالهندسة والميكانيكا، كل هذا بجانب إحاطته بالمعلومات التقليدية المتعلقة بكيفية

إصدار الحكم وتسبيبه . وفى سبيل تكوين القدرة على الاستقراء والاستنباط السليم ، يجب أن يتمتع القاضى بالقدرة على التحليل والتركيب المنطقى ، وهو ما يمكن توفيره من خلال الدراسة للمنطق ومنهج البحث والقدرة على التعبير الشفوى والكتابى . وجميع هذه العناصر الثلاثة لازمة حتى يطبق القاضى القانون تطبيقاً سليماً .

على أنه بجانب هذه العناصر يجب غرس وإنماء بعض المعانى والقدرات لدى القضاة ؛ وهى العمل مع الجماعة (حين يعمل القاضى مع زملائه أعضاء الدائرة ، وحين يتعامل مع المحامين والخبراء) ، والقدرة على الحياد والإدراك السليم ، والقدرة على البت فى الأمور ، والقدرة على إقامة العلاقات الإنسانية . كل هذه المعانى والقدرات من شأنها أن تدعم القاضى وأن تمكنه من أداء وظيفته القضائية فى استقلال تام^(١) .

ويلاحظ أن التكوين المهنى لرجال القضاء لا يقتصر على مجرد التكوين القانونى بالمعنى الضيق ، بل إلى الإحاطة بغير ذلك من العلوم المكملة له والتى يجب معرفتها لإجادة فهم القانون والقدرة على حسن تطبيقه . فلم يعد إدراك معنى القانون قاصراً على تفسير ألفاظه واصطلاحاته ، ولم يعد تطبيق القانون مجرد عملية استنباط سهلة ؛ لأن فهم الواقعة وتحديد أبعادها يتطلب الإحاطة بكثير من المعرفة التى تتصل بشتى العلوم ومناحي الحياة ويبدو الأمر دقيقاً بوجه خاص بالنسبة إلى القضاء الجنائى بعد أن أصبح الهدف من العقوبة هو إعادة إدماج المجرم فى المجتمع ، وهو أمر يتطلب من القاضى القدرة على فحص شخصيته من جميع الزوايا النفسية والاجتماعية والعضوية . أو مناقشة تقارير الخبراء فى هذا الشأن .

وقد تنبه المشرع الفرنسى إلى هذه الحقيقة فأنشأ فى عام ١٩٥٨ المركز القومى للدراسات القضائية^(٢) ، بهدف ضمان التكوين المهنى لقضاة المستقبل وإعلاء وتحسين مستوى معلومات القضاة . وقد عدل نظام هذا المعهد فى سنة ١٩٧٠ وسمى بمقتضاه بالمدرسة القومية للقضاء^(٣) . وتعتبر هذه المدرسة مؤسسة عامة تتبع وزارة العدل ويتم الالتحاق بها - بحسب الأصل - بواسطة مسابقة ويسمى الطلاب بمندوبى القضاء ، ويعتبرون فى حكم القضاة فيما يتعلق بعدم جواز الجمع بين وظائف متعارضة والحرمان

(١) Pierre mortaguet; Enseignement et pratique judiciaire, Revue internationale de droit pénal. 1975, No.1 et 2..p.119 - 129.

Centre national d'Etudes judiciaires (C.N.E.J.).

(٢)

L'Ecole National de la magistrature (E.N.M.).

(٣)

من حق الإضراب ، ويحلفون اليمين ويتقاضون مرتبا عن عملهم^(١).
ونأمل أن ينهض مركز الدراسات القضائية في مصر بعبء التكوين المهني للقضاة بعد أن يستوفوا تكوينهم القانوني الأساسي في كليات الحقوق^(٢). بالإضافة إلى الدورات والندوات العلمية للقضاة في مراحل متفاوتة من حياتهم العلمية ، أخذاً بمبدأ التربية المستمرة ، ولجعل القاضي أكثر قدرة على الاستفادة من المعلومات التي تعرض عليه وعلى تقييم نتائج البحث في فعالية مختلف أشكال الجزاءات الجنائية ، ولأن متابعة هذه الدورات من جانب القضاة يمثل إدراكا لصعوبة المهمة الملقة على عاتقهم أمام تعقد المشكلات التي تعترض تحديد الجزاء الجنائي الملائم^(٣). وبالإضافة إلى ذلك يجب

Jean Vincent, op. cit., p.177.

(١)

تكفل كليات الحقوق التكوين القانوني العام في مرحلة الليسانس ، والتكوين القانوني للبحوث الأساسية في مرحلة الدراسات العليا (الدبلومات والمجستير والدكتوراه) والتكوين القانوني للبحوث التطبيقية في المعاهد العليا .

(٢) انظر مؤلفنا (الشرعية والإجراءات الجنائية) طبعة ١٩٧٧ ص ١٨٢ .

John Hogarth; Sentencing as a human process, Toronto, University of Toronto press, (٣) 1971, p.390.

وقد عقدت وزارة العدل المصرية منذ عام ١٩٧٩ وحتى عام ١٩٨١ ثلاث دورات تدريبية للقضاة المعينين من بين المحامين بالقطاع العام ، ثم صدر القرار الجمهوري رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ٢٤ يونية سنة ١٩٨١ بإنشاء المركز القومي للدراسات القضائية ، بهدف إعداد وتدريب أعضاء الهيئات القضائية وتأهيلهم علميا وتطبيقيا لممارسة العمل القضائي (المادة ٢) ويتبع هذا المركز وزير العدل ويتولى إدارته مجلس إدارة يضم إلى جانب رؤساء الهيئات القضائية أربعة من ذوي الخبرة يختارهم وزير العدل لمدة سنة قابلة للتجديد (المادة ٥) من اللائحة التنفيذية للمركز الصادر بقرار وزير العدل رقم ٢٧٨٢ لسنة ١٩٨١ ، ويتولى التدريس والتدريب بالمركز أعضاء الهيئات القضائية الحاليون والسابقون ، وأعضاء هيئات التدريس الحاليون والسابقون بالجامعات ، وذوو الخبرة بموضوعات الدراسة والتدريب وكبار رجال القضاء الأجانب الزائرون (المادة ١٨) من اللائحة التنفيذية وتتناول الدراسة إلى جانب العلوم القانونية الطب الشرعي بأقسامه المختلفة والأدلة المادية وعلم النفس والأمراض العقلية ، وعلم السجون وقيم وتقاليده السلطة القضائية والأدب القضائي وآداب المرافعة واللغة والمصطلحات القانونية الفرنسية ، كما يتضمن منهج التدريب برنامجا علميا يتناول عددا من القضايا الواقعية التي تم الفصل فيها ، وتدرجا عمليا في النيابات المختلفة يستغرق بضعة شهور ، ويسرى على الدارسين من معاوني النيابة العامة الجدد الأحكام الخاصة بهم طبقا لقانون السلطة القضائية ، وتحدد لوائح التفتيش بالهيئات القضائية الجزاء المرتب على إخفاق العضو في اجتياز الفترة الدراسية أو الدورة التدريبية بنجاح .

ويذكر أن المركز القومي للدراسات القضائية قد تولى تدريب جميع النيابة العامة منذ مباشرته نشاطه في أول أكتوبر سنة ١٩٨١ وحتى الآن ، وذلك بعد صدور القرارات الجمهورية بتعيينهم وقبل مباشرتهم مهام مناصبهم ، غير أن الرأي قد اتجه في الآونة الأخيرة إلى وجوب أن يكون تعيين أعضاء النيابة الجدد من خريجي المركز القومي للدراسات القضائية (المستشار سرى محمود صيام - اختيار رجال النيابة العامة الجدد - بحث مقدم إلى مؤتمر العدالة الأول الذي نظمه نادى القضاة سنة ١٩٨٦ ، محمد كامل عبيد - استقلال القضاء . المرجع السابق ص ١٥٦ وما بعدها) .

توفير التقييم المهني لأداء القضاة، وأن يكون هذا التقييم وحده هو أساس الترقى في المناصب القضائية.

ولكن ماذا يجدى التكوين المهني القضائي السليم أمام هذا العدد الزاخر من القوانين وتلك المجلدات من الكتب القانونية التي يجب على القاضى الإحاطة بها، بينما الاطلاع على ملفات القضايا العديدة وحضور الجلسات يأخذ منه كل وقته ولا يعطيه فرصة للبحث عن القوانين والمراجع. وإذا كان القانون هو مجرد نصوص أقرتها السلطة التشريعية وأصدرها رئيس الجمهورية، فإنه بالنسبة للقاضى شيء أكبر من هذا وأكثر تعقيدا. فهذه النصوص لا ينظر إليها مجردة من غيرها من نصوص القوانين الأخرى، بل لابد من نظرة شاملة عليها تحيط بها وبغيرها من النصوص وبآراء الفقه وأحكام القضاء في شأنها. وكل هذا لابد من تيسيره للقاضى حرصا على استقلاله حتى يتهيا للحكم الصحيح وفقا للقانون. ولهذا فنحن ننادى بإنشاء أمانة فنية في كل محكمة لتحضير الجانب القانونى فى الدعوى، فتضع أمام القضاة نصوص القوانين وأحكام القضاء وتكون تحت تصرفهم فى إجراء الدراسات التى يتطلبها الفصل فى الدعوى^(١).

بالإضافة إلى ما سلف، يتعين استخدام منجزات العلم فى خدمة القضاء، ذلك بأن التطور واسع الأثر الذى شهده العالم على مدى العصور الأخيرة، يتجه إلى استخدام البنوك الإلكترونية التى تتمتع بطاقة تخزينية ضخمة لكمية هائلة من المعلومات يمكن استعادتها بسرعة فائقة ودقة متناهية. ويجرى استخدام هذه العقول فى مجال العدالة فى مصر، أسوة بالدول التى سبقت إلى ذلك كفرنسا (مركز المعلومات القانونية)، وإيطاليا (المركز الآلى للتوثيق).

وبهذا التيسير نضمن حقا فعالية الصلاحية المهنية للقضاة، ونحقق المعنى الإيجابى لاستقلال القضاء، وبه تتحقق فعالية الضمان القضائى.

وأخيرا، فإن محكمة النقض بما تنهض به من تقويم الأخطاء القانونية التى تشوب الأحكام، والعمل على توحيد المبادئ القانونية تسهم فى تدعيم مناط استقلال القضاء، لأنه يفترض وحدة كلمة القانون التى ينطق بها القضاة، وذلك باعتبار أن الضمير القضائى الحر لا يقضى بغير هذه الكلمة.

(١) ويكون أعضاء هذه الأمانة الفنية من خريجي أحد أقسام المعهد التابع لوزارة العدل، أو من لم يحصلوا على المستوى الذى يؤهلهم للعمل مباشرة فى سلك القضاء أو النيابة العامة.

٢٤٣- إسهام الشعب في إقامة العدالة

يرتبط نظام إسهام الشعب في إقامة العدالة الجنائية، وفق الأشكال المختلفة التي يمكن أن يوجد عليها في الأنظمة الجنائية المتبعة إلى حد كبير، بالتقاليد القانونية والنظام الدستوري للدول التي تعرف هذا النظام. وتثور هنا قضية اشتراك غير القانونيين في القضاء عن طريق المحلفين أو القضاة الشعبيين أو الإخصائيين.

وبالنسبة للمحلفين والقضاة الشعبيين^(١)، فإن هذا النظام تستر وراءه اعتبارات سياسية. فأهم أسانيده السياسية أن سيادة الشعب تقتضى إسهامه في القضاء.

وقد فقد هذا السند بريقه لأن القضاء لم يعد مقصورا على طبقة اجتماعية معينة، ولم يعد القضاء إلا من رجال الشعب نفسه لا يختارون إلا بقدر كفايتهم لا طبقا لانتسابهم الطبقي. هذا فضلا عن أن سيادة الشعب تكفلها القوانين المختلفة^(٢) وصدر الأحكام باسم الشعب. وكان من أسباب المطالبة بإدخال نظام المحلفين في القرن التاسع عشر، أن الطبقات الوسطى المتحررة كانت لا تثق في القضاء الجنائي الذي يقوم به قضاة مهنيون لأنهم كانوا خاضعين للتأثير السياسي للحكومة بناء على كونهم موظفين بها. وكان «الأحرار» السياسيون في هذا العصر يطالبون بمحاكم المحلفين في القضايا السياسية، حتى يفصل فيها رجال «أحرار» من الشعب^(٣). وعلى عكس ذلك، قيل بأن الثورة الفرنسية أتت بنظام المحلفين لغاية أخرى هي تحطيم الكيان القضائي وجعله أداة للسلطة السياسية^(٤).

وهكذا نرى أن إشراك أفراد الشعب في وظيفة القضاء كانت وراءه بواعث سياسية. على أنه لم يكن من أجل تثبيت استقلال القضاء إلا حين كان القضاة خاضعين لتأثير السلطة التنفيذية، مما يعنى عدم الحاجة إلى هذا التثبيت حين يكون استقلال القضاء متوافرا في مواجهة هذه السلطة.

(١) طبقا لنظام المحلفين تتكون المحكمة من قضاة مهنيين ومحلفين من عامة الشعب ويختص المحلفون بتقرير الإدانة، وينطق القضاة المهنيون بالعقوبة أو البراءة حسبما يرى المحلفون. أما نظام القضاة الشعبي فيطلب أن يجلس في المحكمة بجانب القضاة المهنيين قضاة شعبيون من عامة الشعب يكونون هيئة مشتركة ويفصلون معا في الدعوى بجميع مسائلها الإجرائية والموضوعية.

(٢) Raymond Charles, Rapport présenté aux travaux de la troisième journée d'études juri-diques, bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de louvain, No.4 (le jury face au droit pénal moderne), Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant 1967, p.47.

The German code of criminal procedure, introduction by EBERHARD SHMIDT, London,(٣) 1965, p.4.

Georges Burdeau, op. cit., p.137.

(٤)

ويلاحظ أن الدستور المصرى قد نص على أن يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون. ولما كانت نصوص الدستور متكاملة متساندة، فإنه لا يجوز أن يترتب على إسهام الشعب فى إقامة العدالة الانتقاص من استقلال القضاء، مما يحتم أن يكون دور ممثلى الشعب فى بعض المحاكم محدودا متوقفا على توجيه القاضى فى المسائل القانونية أو التى تتطلب خبرة خاصة.

فاستقلال القضاء ليس من أجل إرضاء الرغبات الشخصية للقضاة^(١)، وإنما هو من أجل تمكينهم من القضاء وفقا للقانون. ولا معنى لاستقلال القضاء ما لم يتوافر التكوين المهنى الذى يخلق لدى القضاة الوعى القضائى لتدعيم هذا الاستقلال والاستفادة منه وتوجيهه أحسن توجيه. وبدون هذا التكوين المهنى فلن يتحقق الاستقلال القضائى على الوجه الصحيح. لأن القاضى الذى لا يعرف حدود وظيفته ومناطق قضائه قد لا يتمكن من مواجهة أى تدخل فى شئونه بل وقد لا يدرك خطر التدخل عند حدوثه. ولهذا قرر مؤتمر رجال القانون المنعقد فى لاجوس سنة ١٩٦٢ أن منح الاختصاص القضائى لأشخاص محرومين من التكوين والخبرة القانونية لا يوفر الضمانات التى يحتمها مبدأ سيادة القانون^(٢).

وقد عنى الإعلان لاستقلال القضاء الصادر فى مونتريال سنة ١٩٨٣ بالتكوين المهنى للقضاة، فنص على وجوب أن يكون المرشحين لوظائف القضاء من الأشخاص الأكفاء والمديرين فى القانون وتطبيقه، وأن يتاح للقضاة الدخول فى دورات تأهيل مستمرة. كذلك أوجب المبدأ العاشر من المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية الصادرة عام ١٩٨٥ أن يكون من يقع عليهم الاختيار لشغل الوظائف القضائية من ذوى الكفاءة وحاصلين على تدريب ومؤهلات مناسبة فى القانون.

٢٤٤- نطاق استقلال النيابة العامة

يارس القضاء الوظيفة القضائية، ولكنه يارس كل هذه الوظيفة، فالهيات القضائية الأخرى تشاركه فى أعباء هذه الوظيفة، فى حدود معينة كما هو الحال بالنسبة إلى النيابة العامة^(٣). فهى أحد الأجهزة الساهرة على حسن تطبيق القانون فى الدولة

(١) Stndicat de la magistrature; Au nom du peuple Français, Editions stock, Paris, 1974, p.18.

(٢) Commission internationale des juristes; primauté du droit et droit et l'homme, 1966, op. cit., p.38.

(٣) Yotis; les organes de poursuite dans le procès pénal, Rev, inter. de droit pénal 1963, p.157.

القانونية. فهي التي تختص بممارسة حق الدولة في العقاب من خلال الدعوى الجنائية، ويتطلب هذا الدور أن تؤدي وظيفتها بموضوعية^(١). ونجاحها في أداء هذه الوظيفة ليس بعدد الدعاوى الجنائية المرفوعة، وإنما من خلال حسن تطبيق القانون الذي يتمثل في أحكام سليمة بالإدانة من خلال محاكمة منصفة.

فما مدى تمتع النيابة العامة كهيئة قضائية باستقلال القضاء، حتى نتبين مدى شرعية توفيرها للضمان القضائي في الإجراءات الجنائية.

واضح مما تقدم، أن الضمان التقليدي لاستقلال القضاء يبدو في عدم القابلية للعزل. وعلى الرغم من اعتبار النيابة العامة جزءاً من السلطة القضائية لدى بعض التشريعات، إلا أنها لم تكن تتمتع بهذا الضمان. إلا أن الاتجاه الحديث أكد تمتعها بهذا الاستقلال.

وقد نص القانون اليوناني الصادر في عام ١٩١١ على تمتع النيابة العامة بضمان عدم العزل الذي يتمتع به القضاة، كما تأكد في إيطاليا عدم قابلية النيابة العامة للعزل^(٢).

وفي فرنسا، بعد أن كانت النيابة العامة تعتبر جزءاً من السلطة التنفيذية، فإنه بمقتضى التعديل الدستوري الصادر في ٢٧ يولية سنة ١٩٩٣ أصبحت جزءاً من الهيئة القضائية "autorité judiciaire". فقد نصت المادة ٦٤ من الدستور الفرنسي على أن رئيس الجمهورية يضمن استقلال الهيئة القضائية ويساعده في ذلك المجلس الأعلى للقضاء. وطبقاً للمادة ٦٥ من الدستور بعد تعديلها، أصبح المجلس الأعلى للقضاء مختصاً بشئون أعضاء النيابة العامة. وجاء القانون العضوي الصادر في ٣ فبراير سنة ١٩٩٤ فعدل نظام المجلس الأعلى للقضاء وأشار إلى استقلال الهيئة القضائية سواء تلك التي يقوم بها قضاة الحكم أو أعضاء النيابة العامة. في ضوء ذلك أكد المجلس

(١) انظر تقرير الجمعية الدولية لعلم الإجرام حول دور النيابة العامة في القضاء الجنائي - اتجاه من زاوية علم الإجرام.

(Jorge de Figueiredo Dias; Le rôle du ministère public pénal, une approche criminologique) منشور في مؤلف معهد بحوث النظم القضائية الإيطالي الذي أصدره بالتعاون مع الجمعيات الدولية العاملة في حقن القانون الجنائي (الجمعية الدولية لقانون العقوبات، والجمعية الدولية لعلم الإجرام، والجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي، والجمعية الدولية لعلم السجون) والتي قدمت تقاريرها إلى المؤتمر الدولي التاسع للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في القاهرة مايو سنة ١٩٩٥.

(Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudizari; The role of the public prosecutor in criminal justice, according to the different constitutional systems, Bologna, 1996, p. 17).

G iuseppe Di Federico, Istituto di Ricerca sui sistemi Giudizari, op. cit., p. 17

(٢)

الدستورى الفرنسى أن الهيئة القضائية التى تكفل للمادة ٦٦ من الدستور الفرنسى احترام الحرية الفردية، تشمل كلا من القضاء الجالس، وقضاء النيابة العامة^(١). إلا أن تقرير انتهاء النيابة العامة للسلطة القضائية فى فرنسا لم يحل دون اشتراط القانون الفرنسى عدم جواز اتخاذ إجراءات جنائية معينة إلا من قضاة الحكم، وخاصة الجزاءات الجنائية^(٢).

وفى مصر، نجد أن القرار بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية قد عالج شئون أعضاء النيابة العامة أسوة بشئون القضاة. ووجد بين شروط تعيين القثنين ودرجاتهم وطريقة احتساب أقدميتهم، ومرتباتهم ونص على أن تأديب أعضاء النيابة العامة أمام ذات مجلس التأديب الذى يفصل فى تأديب القضاة (المادتان ٩٨ و ١٢٧). ويحكم عليهم بنفس العقوبات التأديبية التى يحكم بها على القضاة (المادة ١٠٨)، ويتبع أمام مجلس التأديب نفس القواعد والإجراءات المقررة لمحكمة هؤلاء الآخرين (المواد من ١ إلى ١١٥).

مع ذلك فقد كان هناك أمران ينتقصان من الاستقلال القضائى للنيابة العامة وهما القابلية للعزل، والتبعية الإدارية لأعضاء النيابة العامة.

فبالنسبة إلى القابلية للعزل، فإنه كان يجوز فصل أعضاء النيابة العامة أو نقلهم إلى وظيفة أخرى غير قضائية بغير الطريق التأديبى، وذلك بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية (المادة ١٢٩/٤). وكان رأينا أن موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية على العزل ليس ضمانا كافيا، لأنها ليست مشروطة بأحوال معينة تكشف عن مدى جسامته ما صدر عن عضو النيابة العامة حتى يستحق العزل. بل إن العزل عن غير الطريق التأديبى قد يعنى أنه صدر لأسباب لا تصلح وحدها مبررا للعزل بالطريق التأديبى، مما يعتبر انتقاصا لاستقلال أعضاء النيابة العامة. هذا إلى أن تشكيل المجلس الأعلى للهيئات القضائية يضم ممثلين للهيئات «القضائية» من غير القضاة والنيابة العامة. ولا يجوز لهؤلاء أن يبدو آراءهم فى مسائل تتعلق بصميم استقلال القضاء والنيابة العامة ضمانا لصون هذا الاستقلال^(٣).

وقد واجه المشرع المصرى مشكلة الانتقاص من استقلال أعضاء النيابة العامة فى

Déc. no. 93 - 336 du 27 Janvier 1994, Recueil constit. Juris, (1994 - 1997), p. 579. (١)

Déc. no. 95 - 360 du 2 févr. 1995, Recueil, op. cit., p 632. (٢)

(٣) انظر مؤلفنا (الشرعية والإجراءات الجنائية) طبعة ١٩٧٧ ص ١٨٤ وما بعدها.

مصر، فأكد انتهاء النيابة العامة إلى السلطة القضائية، إذا أضيف على رجالها ضمانة عدم القابلية للعزل وذلك بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية الذى تناول بالتعديل (المادة ٦٧) التى أصبحت تنص على أنه «رجال القضاء والنيابة العامة - عدا معاونى النيابة - غير قابلين للعزل . . .». ويتضح من هذا النص أن الضمانة المذكورة قد شملت رجال النيابة العامة عدا معاونى النيابة^(١)، وقد شملت النائب العام فأكدت الصفة القضائية لمنصبه ومنعت عزله، وقد أعطى الحق بموجب الفقرة الثانية من (المادة ١١٩) بعد تعديلها بالقانون سالف الذكر فى أن يطلب عودته إلى العمل بالقضاء بحيث لا يضار فى أقدميته ويحتفظ له بمرتباته وبدلاته بصفة شخصية، وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون فى تبرير إضفاء عدم القابلية للعزل على رجال النيابة العامة قولها «النيابة العامة شعبة أصيلة من السلطة القضائية، تضطلع بمهام قضائية فى مجال الدعوى الجنائية وتساهم فى إقرار وإرساء العدالة، لهذا كان من الضروري إسباغ الحصانة القضائية على رجالها».

وبالنسبة إلى التبعية الإدارية للنيابة العامة، فقد نص قانون السلطة القضائية على أن أعضاء النيابة يتبعون رؤساءهم والنائب العام. وهم جميعا لا يتبعون إلا وزير العدل. وللوزير حق الرقابة والإشراف على النيابة العامة وأعضائها، وللنائب العام حق الرقابة والإشراف على جميع أعضاء النيابة، ولرؤساء النيابة حق الرقابة والإشراف على أعضاء النيابة بمحاكمهم (المادة ١٢٥). وقد أجاز قانون السلطة القضائية لوزير العدل إلى جانب النائب العام أن يوجه تنبيهها لأعضاء النيابة الذين يخلون بواجباتهم إخلالا بسيطا بعد سماع أقوال عضو النيابة، ويكون التنبيه شفاهة أو كتابة (المادة ١٢٦).

وتبعية أعضاء النيابة العامة للنائب العام تتفق مع اعتبار النيابة العامة كيانا قانونيا لا ينقسم بتعدد أعضائه، وهو ما يسمى بمبدأ عدم التجزئة، فجميع أعضاء النيابة العامة وكلاء للنائب العام ويمكنهم الحلول محل بعضهم فى جميع الأعمال المسندة إليهم أو تكملتها، عدا الاختصاصات الذاتية الممنوحة للنائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة حسب الأحوال. وتتلاءم هذه التبعية فقط مع وظيفة الاتهام الملقاة على عاتق النائب العام، لكى يقوم بها بنفسه أو من خلال أعوانه من أعضاء النيابة العامة. فالنيابة العامة يجب أن تباشر هذه الوظيفة وفقا لسياسية معينة يضعها النائب العام

(١) أورد تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ فى تقرير استثناء معاونى النيابة، أن ما يزال يخطر خطواته الباكرة فى العمل القضائى، ولم تنتضج بعد أهليته للنهوض بأعباء هذا العمل الشاق.

وينفذها أعوانه^(١). إلا أن هذه التبعية لا تتفق مع سائر وظائف النيابة العامة في القانون المصرى وهى التحقيق الابتدائى ، وإصدار الأمر الجنائى^(٢) لأنها مرحلتان هامتان للفصل فى مدى صحة الاتهام . وفيهما يتم فحص التهمة أو اتخاذ بعض الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية وهو أمر يتطلب لدى القائم بها استقلالاً كاملاً فلا يتلقى تعليمات من أحد بشأن مضمون عمله القضائى الذى يمارسه . فاستقلال النيابة العامة يفترض استقلال أعضائها فى أداء أعمالهم القضائية ، لأن الرئاسة الإدارية تفسد مضمون العمل مهما تقيد نطاقها القانونى بحسن أدائه من الناحية التنظيمية . فالتبعية الرئاسية لها أثر نفسى غير محدود ، وتحد من قدرة المرءوسين على الاستقلال برأيهم والنأى عن التأثير بتعليمات رؤسائهم فيما يتعلق بمضمون العمل القضائى . وكيف يتطهر المرءوسون من هذا الأثر والسلطة الإدارية للرؤساء قد تنطوى على معانى التبعية والطاعة . كما أن هذه السلطة الرئاسية تملك انتزاع التحقيق الابتدائى من يد إلى يد أخرى وفقاً لمشيئتها ، ولهذا فإن التفتيش القضائى فى النيابة العامة عليه دور كبير فى التحقق من حياد تصرفات أعضاء النيابة العامة . ويرى البعض أن سلطة وزير العدل على أعضاء النيابة العامة قد تعرض مستقبلهم للخطر فى حالة الانحراف فى استعمال هذه السلطة^(٣) . ومع ذلك ، فيلاحظ أن سلطة الوزير لا تمس مضمون العمل القضائى ، وتقتصر على إدارة أعمال النيابة العامة وسرعة التصرف فى القضايا دون التدخل فى مضمون هذا التصرف . كما أن تمتع أعضاء النيابة العامة بضمائم موافقة مجلس القضاء الأعلى فى كل ما يمس نقلهم يحول دون خطر احتمال هذا التحكم .

Reol Suarez Garcilopez; le ministère public en Espagne, Rev, inter de droit pénal 1963, (١) p.91 et 92.

(٢) مع ملاحظة أن سلطة النيابة العامة فى إصدار الأوامر الجنائية لا تتفق مع اشتراط صدور حكم قضائى بالعقوبة ، وهو ما سنبينه فيما بعد .

(٣) انظر رياض شمس ، الحرية الشخصية ، طبعة ١٩٣٤ ص ١٤ .
وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٦ يونية سنة ١٩٥٢ بشأن قضية "Dorly" . وكان وزير العدل الفرنسى قد أوقع جزاء إدارياً على أحد المحامين العامين لعدم مباشرته الإجراءات المقررة فى جرائم التلبس بالنسبة إلى بعض الأشخاص ولم يعارض فى الإفراج المؤقت عن بعض الأشخاص المقبوض عليهم . وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بعدم الاختصاص بالطعن فى هذا القرار لأن بحث هذا الموضوع يقتضى بالضرورة فحص الأعمال التى باشرها المحامى العام فى إطار سلطته القضائية عندما كان رئيساً للنيابة العامة وما يتعلق بسير العمل القضائى .

Revue de droit public, p.173 - 168.

ونرى أن الوزير فى هذا المثال قد تجاوز اختصاصه طالما قرر مجلس الدولة أن مبررات الجزاء الإدارى تمس سير العمل القضائى ، لأن سلطة الوزير يجب أن تكون إدارية محضة ولا تتعلق بملاءمة العمل القضائى .

المبحث الثانى حيادة القضاء

المطلب الأول مبادئ عامة

٢٤٥ - ماهيته:

القضاء ميزان للعدل ، وتقتضى سلامة هذا الميزان أن يكون مجردا من التأثير بالمصالح أو العواطف الشخصية^(١). وقد كفل مبدأ استقلال القضاء حمايته عن التأثير الخارجى من جانب سائر سلطات الدولة لضمان عدم تأثره بغير حكم القانون .

ولكن هذا الاستقلال لا يضمن وحدة سلامة ميزان العدل ما لم يكن حكم القاضى غير خاضع لعوامل التحكم ، وهو ما يسمى بالحياد . ولذلك ، فإن حيادة القضاء تعتبر عنصرا مكملا لاستقلاله ؛ لأنها تؤكد الثقة فى القضاء . ومن ناحية أخرى ، فإن القيمة الموضوعية للقانون تتوقف على تطبيقه المحايد .

وقد حرصت المواثيق الدولية على تأكيد مبدأ حيادة القضاء ، فنص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ (المادة ١٠) ، العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦ (المادة ١٤) ، والذى أصبح نافذ المفعول فى ٢٣ مارس سنة ١٩٧٦ ، والاتفاقية الأوروبية الصادرة سنة ١٩٥٠ (المادة ٦) . وقد أكد هذا المبدأ المؤتمر الدولى لرجال القانون المنعقد فى نيودلهى سنة ١٩٥٩ إذ قرر بأن القاضى لا يمكنه أن يعمل مطلقا بطريقة تحكيمية^(٢) ، كما أكدته كل من المؤتمرين السابع والثامن للأمم

(١) انظر فى الموضوع محمد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، مجلة القضاة سنة ١٩٦٨ العدد الثالث ص ٣٠٠ وما بعدها .

Commission internationale de juristes; Primauté de droits et droits de l'homme Genève, (٢) 1966, p.36.

المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين ، والمنعقد في ميلانو سنة ١٩٨٥ وكوبا سنة ١٩٩٠ .

كما أكدت المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية التي أقرتها الأمم المتحدة في ديسمبر ١٩٨٥ ضرورة أن تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز (المبدأ الثاني)، وأنه لا يجوز عند الاختيار لشغل الوظائف القضائية إجراء التمييز على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الآراء السياسية أو غيرها من الآراء . (المبدأ العاشر)^(١).

ويتوفر الحياد بوجه عام بالقدرة على التقدير والحكم على الأمور دون التحيز مسبقا لصالح أو في غير صالح شخص معين تتعلق به هذه الأمور. واختيار القضاء لكي يكون حارسا للحريات يعتمد على صفة الحياد التي هي عماد كيانه ووجوده وحقيقته . فبالحياد يمارس القاضي إجراءاته ويضع حكمه بغض النظر عن أطراف الخصومة ، لا يعتمد في قضائه على غير ما يطرح عليه من أدلة ، وعلى غير ما يقرره القانون . فميزان العدالة يهتز اهتزازا بالغاً إذا اعتمد القاضي في حكمه على اعتبارات غير موضوعية تتعلق به أو بالخصوم أو غيرهم — تعاطفاً أو كرهاً ، تحيزاً أو تحكماً ، لا على عناصر الدعوى وحكم القانون . ومن هنا ، كان حياد القضاء حقاً من حقوق الإنسان ومبدأ أساسياً من مبادئ القانون .

وقد تكفل قانون السلطة القضائية وقانون المرافعات بوضع الضمانات العامة لحياد القضاء في جميع أنواع الخصومة القضائية .

ويهمنا في هذا المقام تحديد ضمانات حيده القضاء في الإجراءات الجنائية ، ونبدأ ببيان حياد النيابة العامة بوصفها جزءاً من السلطة القضائية :

حياد النيابة العامة:

رأينا أن النيابة العامة تتمتع باستقلال القضاء ، وتتمتع كذلك بحياده تأكيداً للثقة في أعمالها بحكم وظيفتها في الدولة القانونية ، ويتطلب هذا الحياد أن تكون المصلحة العامة عماد عملها ، وتكفل من خلال ذلك حماية الحقوق والحريات سواء كانت للمتهم أو للمجنى عليه . وقد أكد المؤتمر الثامن للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة

(١) حقوق الإنسان - مجموعة صكوك دولية - مركز حقوق الإنسان - الأمم المتحدة - نيويورك ١٩٨٨ ص ٢٤٨ .

المجرمين أن ممارسة النيابة العامة للدعوى العمومية يجب أن تكفل حماية فعالة للمواطنين ضد الجريمة، وكفالة وجود نظام محايد وعادل للعدالة الجنائية.

وقد تتطلب المصلحة العامة مراعاة الملاءمة في رفع الدعوى الجنائية أو عدم رفعها، فهي صاحبة القرار في هذا الشأن لا يحدوها في ذلك غير الصالح العام^(١). وعند اتخاذ هذا القرار توفق بين أمرين، هما: الحماية الفعالة للمواطنين ضد الجريمة، وحسن إدارة نظام العدالة الجنائية. ولكي يتم تجنب الإضرار بمصالح المجنى عليه إذا ما رأت النيابة العامة عدم رفع الدعوى الجنائية اتجهت التشريعات إلى تحويله حق الطعن على هذا القرار أمام القضاء.

٢٤٦ - مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي

تتمثل ضمانات حيطة القضاء في الإجراءات الجنائية أساساً في توزيع وظائف القضاء الجنائي وعدم جمعها في وظيفة واحدة. فالأصل هو الفصل بين وظائف القضاء الجنائي للحيلولة دون التحيز. وقد قيل في هذا المعنى، إنه في المسألة الجنائية إذا توقف كل شيء على شخص واحد يملك وحده الحق في الاتهام وجمع الأدلة وتقديرها والفصل فيما ينسب إلى المتهم، فإنه من الواضح أن هذا الشخص يملك الإضرار بالمتهم أو الحكم لصالحه متى شاء ذلك. ومن هنا، فإن مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي هو ضمان حياد القضاء الجنائي^(٢).

وقد اعتبر البعض الفصل بين وظائف القضاء الجنائي أشبه بالفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية^(٣). وواقع الأمر، فقد ذهب مونتيكيو إلى أن اعتدال السلطة مكفول بالفصل بين فروعها الثلاثة: السلطة التنفيذية، والسلطة التشريعية، وسلطة الحكم، وأن السلطة تقيد السلطة^(٤).

(١) وقد لوحظ أنه على الرغم من أن القانون الإيطالي يلزم النيابة العامة برفع الدعوى الجنائية دون مراعاة لاعتبارات الملاءمة، إلا أن النيابة العامة مارست سلطة الملاءمة في رفع الدعوى أو عدم رفعها من الناحية العملية. انظر:

(Giuseppe Di Federico, Prosecutorial independence and the democratic requirement of accountability in Italy (Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, op. cit., p. 12 et s).

Damien Roets, Impartialité et justice pénale, Éditions cujas, 1997, p.41.

(٢) انظر:

Pradel; Droit pénal comparé Dalloz, 1995, No.72.

(٣)

Merle et Vitu, (Procédure pénale), T.2, op. cit., No.989

(٤) انظر:

وقد ذهب البعض^(١) إلى استبدال مبدأ استقلال جهات القضاء الجنائي بمبدأ استقلال وظائف القضاء الجنائي، وذلك على أساس أن أهمية هذا الاستقلال تبدو في أن تتولى جهات متنوعة نظراً للدعوى منعاً لشبهة التحكم أو التحيز.

ولاشك أن ضمان الحياد الكامل للقضاء يفترض استقلال كل جهة تبأشر إحدى هذه الوظائف عن الأخرى. فالنيابة العامة تحرك الدعوى الجنائية قبل المتهم، وتتولى وظيفة التحقيق جمع الأدلة وتقدير مدى توافرها ضد المتهم، بينما تقوم المحكمة بالبحث عن الحقيقة المطلقة والفصل في الدعوى الجنائية في ضوء ما تتوصل إليه؛ فتقضى بالإدانة إذا توافر لديها اليقين القضائي، وتقضى بالبراءة إذا تسرب إليها لاشك. ولاشك في أن استقلال أداء كل من هذه الوظائف عن الأخرى لا يكفل حياد القائمين عليها بضمان تأثيرهم بموقفهم عند أداء وظيفة أخرى غير التي يختص بمباشرتها أصلاً. هذا إلى أن استقلال هذه الوظائف يضمن رقابة كل منها على أعمال الأخرى، مما يفيد في كشف الأخطاء ومحاولة تفادي العيوب. وهو ما يتفق مع النظر إلى القضاء كضمان لحماية الحقوق والحريات، لأنها سوف تتعرض للخطر الجسيم إن هي تركت لتقدير جهة واحدة تركاً مطلقاً^(٢).

وفي نطاق نظام التحري والتنقيب في العصور الوسطى لم يكن معروفاً مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي، فقد كان القاضي يملك تحريك الدعوى الجنائية في أحوال التلبس أو بناء على شكوى أو بلاغ المجنى عليه. وفي هذه الحالة، يقوم القاضي من تلقاء نفسه بدور الادعاء، تطبيقاً لمبدأ مقرر في هذا النظام هو أن (كل قاض هو مدع عام). ففي القانون الفرنسي القديم كان القاضي يباشر التحقيق الابتدائي في ذات الدعوى تحت ستار الحرية التامة ثم يفصل في الدعوى بناء على التحقيق الذي يجريه^(٣). فإذا نظره قاض آخر، فإنه يبنى حكمه بعد الاطلاع على أعمال التحقيق الابتدائي التي تعكس بطبيعة الحال الموقف المتحيز لقاضي التحقيق على طلبات الادعاء والمجنى عليه وسماع أقوال المتهم^(٢).

(١) Rassat, Procédure pénale, PUF, 2 ème éd., 1995, No.29.

(٢) انظر: Thierry Renaux, op. cit., p.423.

(٣) وكان يسمى هنا القاضي الذي يجمع بين التحقيق والادعاء.

Le lieutenant criminel.

(٢) انظر:

C. Berghoignance - Espen, La separation des fonctions de justice repressive; Travaux et recherches de l'université de droit, de l'économie et de sciences sociales de Paris, P.U.F., 1973, pp. 13 et 14.

٢٤٧ - القيمة الدستورية لمبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي

لم يحسم المجلس الدستوري في فرنسا هذه المشكلة صراحة، إلا أنه أكد أن مبدأ احترام حقوق الدفاع - الذي يعتبر من المبادئ الدستورية - يتضمن الفصل بين السلطات القائمة على الدعوى الجنائية وسلطات الحكم، لأن الفصل بين كل من هذه السلطات يؤدي إلى حماية الحريات الفردية^(١).

ومن ناحية أخرى، فقد ذهبت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان إلى وجود تطابق شبه كامل بين المحكمة المحايدة وبين احترام الفصل بين السلطات، أو بعبارة أخرى، بين الحياد الإيجابي والحياد المتعلق بالبناء الشكلي للسلطة "Structurelle"^(٢).

وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد عدم جواز الجمع بين وظيفة الاتهام ووظيفة الحكم تأسيساً على المادة ٦ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وعلى أن من حق أي شخص أن يحاكم أمام محكمة مستقلة ومحايدة وهو ما لم يتوافر إذا اشترك في الحكم قاض مارس في الدعوى عملاً من أعمال النيابة العامة^(٣).

وفي مصر، أكدت المحكمة الدستورية العليا أن مبدأ الفصل بين وظائف القضاء يركز على مبدأ حياد القضاء، فقضت بعدم دستورية نص المادة ٢٥ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ الذي سمح لرئيس هيئة قضايا الدولة أن يرأس لجنة التأديب والتظلمات رغم اختصاصه بطلب رفع الدعوى من وزير العدل تأسيساً على أنه لا يجوز لجهة التحقيق ولا لسلطة الاتهام، أن تتصل بالجهة القضائية التي عهد إليها المشرع بمهمة الفصل في الخصومة التأديبية، فلا يباشر عملاً فيها متى كان قائماً بالتحقيق الذي أفضى إليها. ضماناً لحيدتها وتوافر الأسس الموضوعية لقراراتها^(٤).

(١) Déc. No. 95 - 360 Dc. T.O. 7 Fév. 1995, p.2098, 5e cons.

(٢) انظر: Koering - Joulin "La notion européenne de tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 - 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. Sc. Crim. 1990, pp. 765 et s., pp.77 et s.

(٣) Crim. 26 Avr. 1990, Bull. No.162.

(٤) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ (العدد ١٢).

ويسرى هذا المبدأ بطبيعة الحال على القضاء الجنائي ، وخاصة مع ما قضت به المحكمة الدستورية العليا من توافر معنى العقوبة في الجزاء التأديبي .

وهذا الذى قضت به المحكمة الدستورية العليا بشأن القيمة الدستورية لمبدأ الفصل بين كل من جهتى التحقيق والادعاء ، وبين جهة الحكم من ناحية أخرى ، يتفق مع ما سبق أن قرره المجلس الدستورى الفرنسى فى هذا الشأن ، رغم اختلاف تأصيل المبدأ ، فبينما أسسته المحكمة الدستورية العليا فى مصر على مبدأ حياد القضاء ، أسسه المجلس الدستورى الفرنسى على حقوق الدفاع .

وفىما يلى نعرض لمظاهر الفصل بين وظائف القضاء الجنائي .

المطلب الثانى

الفصل بين وظيفتى الاتهام والتحقيق الابتدائى

٢٤٨- مدى حتمية مرحلة التحقيق الابتدائى

لعل المشكلة الأولى التى يثيرها هذا الموضوع هى فى مدى حتمية مرحلة التحقيق الابتدائى لضمان الحرية الشخصية فى الإجراءات الجنائية . وذهب البعض ^(١) بأن هذه المرحلة التى نشأت مع نظام التحرى والتنقيب ، ساهمت بكل تأكيد فى تحسين ضمان حقوق المتهم ، وأن قاضى التحقيق - بكل ما يملكه من استقلال وحياد - يهيمن على الإجراءات السابقة على المحاكمة فهو الذى يجمع الأدلة ، وهو الذى يحيل الدعوى أمام المحكمة أو يأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى فى ضوء تقييمه لهذه الأدلة . هذا بالإضافة إلى أنه فى النظام الاتهامى - الذى يخلو من مرحلة التحقيق الابتدائى - يبدو الدفاع - وهو لا يملك السلطة الواسعة التى يمارسها قاضى التحقيق - فى وضع ضعيف أمام الاتهام ، مما يثير التساؤل عن مدى أهمية مرحلة التحقيق الابتدائى كضمان أساسى فى الإجراءات الجنائية لما تتيحه هذه المرحلة من فرصة لجمع الأدلة وتحقيق دفاع المتهم .

وقد بحث المجلس الدستورى الفرنسى ^(٢) مدى دستورية إحالة الدعوى مباشرة إلى المحكمة - فى الجنج - دون المرور بمرحلة التحقيق الابتدائى ، وقرر المجلس أنه إذا كان الدستور يتطلب للمساس بالحرية الشخصية أن يتم فقط بواسطة قرار يصدر من قاضى الحكم ، فإنه لا أهمية فى الجنج - أن تتوافر مرحلة للتحقيق الابتدائى تسبق الحكم .

Thierry renaud, op. cit., p.346, 437.

(١) انظر:

(٢) قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨٢ .

(No. 80 - 127 Dc du 19 et 20 Janvier (Sécurité et liberté, Recueil juris. constit (1959 - 1993), p.91).

وبالنسبة إلى الدستور المصرى ، فقد نصت المادة ٦٦ منه على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى . كما نصت المادة ٤١ من الدستور على أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص ، أو النيابة العامة . وذلك وفقا لأحكام القانون .

ومفاد ما تقدم أن الإجراء الماس بالحرية لا يكون إلا عندما يقتضى التحقيق ذلك . فالتحقيق الابتدائى مشروط بحكم الدستور عند مباشرة إجراءات ماسة بالحرية الشخصية . وطالما أنه لا عقوبة بغير حكم قضائى ، فإن الضمان القضائى متوافر إذا أحيلت الدعوى للمحكمة بغير تحقيق ابتدائى . على أنه إذا كانت الإجراءات الماسة بالحرية متوقفة على مباشرة التحقيق الابتدائى ، فإن هذا التحقيق فيما يحتويه من إجراءات لكشف الحقيقة يعتبر خطوة مهمة فى الخصومة الجنائية ، إلا أن قانون الإجراءات الجنائية المصرى لم يتطلب أن يجرى فى هذه الخصومة تحقيق ابتدائى إلا فى مواد الجنايات دون الجنح والمخالفات ؛ فللنيابة العامة أن تعتمد فى تحريك الدعوى الجنائية على محضر الاستدلالات وحده .

٢٤٩- مدى اشتراط أن ينهض قاض بالتحقيق الابتدائى

أما المشكلة الثانية فتدور حول مدى اشتراط أن ينهض بمرحلة التحقيق الابتدائى قاض للتحقيق لحماية الحرية الشخصية التى تمسها إجراءات التحقيق . وقد اختلفت النظم القانونية فى هذا الشأن ، فاتجه البعض إلى تحويل النيابة العامة وظيفه التحقيق الابتدائى ، بينما اتجه البعض الآخر إلى تخصيص قاض للتحقيق للقيام بهذه الوظيفة .

قضاء التحقيق : وقد اعتنق الاتجاه الثانى عدد من قوانين الإجراءات الجنائية مثل القانون الفرنسى^(١) ، والقانون الألمانى ، والقانون الإيطالى .

ومع ذلك ، فإن كلا من هذين الاتجاهين قد راعى فى حدود معينة بعض الاعتبارات

(١) قدمت لجنة الإصلاح القضائى بفرنسا برئاسة (دونديه دى فابر) مشروعاً سنة ١٩٤٩ بخول النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائى عدا الأوامر المتعلقة بحرية المتهم وأوامر التصرف فى التحقيق فتكون من اختصاص قاض التحقيق . وقد بررت هذا المشروع بأن إجراءات التحقيق التى تختص بها النيابة العامة =

التي يستند إليها الاتجاه العكسى . فقد حرص الاتجاه الأول ، الذى لا يفصل بين الوظيفتين على مراعاة حياد المحقق فى حدود معينة . مثال ذلك ، أن قانون الإجراءات الجنائية اليابانى أوجب على النيابة العامة الرجوع إلى القاضى فى بعض الإجراءات المهمة كالقبض والحبس الاحتياطى (انظر المادتين ٢٠٥ و ٢١٨ من القانون الصادر سنة ١٩٤٨) . وأيضا فإن القانون المصرى بعد أن منح النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائى فى مواد الجرح طبقا للمادة ١٩٩ إجراءات المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٣ سنة ١٩٥٢ ، أجاز ندب قاض لمباشرة التحقيق الابتدائى بقرار من رئيس المحكمة وذلك بناء على طلب النيابة العامة أو المتهم أو المدعى بالحقوق المدنية . أو بناء على طلب وزير العدل (وفى هذه الحالة يكون قاضى التحقيق بدرجة مستشار وتختاره الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف) (المادتان ٦٤ و ٦٥) إجراءات . ولمحكمة الجنايات عند مباشرة حق التصدي طبقا للمادة ١١ / ٢٩١ إجراءات أن تتدب أحد أعضائها للقيام بإجراءات التحقيق ، فى هذه الحالة تسرى على العضو المتدب جميع الأحكام الخاصة بقاضى التحقيق . ويسرى هذا النص على التصدى الذى تباشره الدائرة الجنائية بمحكمة النقض عند نظر الموضوع (المادتان ١٢ و ١٣ إجراءات) .

ومن ناحية أخرى ، فقد أوجب قانون الإجراءات موافقة القاضى الجزئى على اتخاذ بعض إجراءات التحقيق وهى مد الحبس الاحتياطى (المادة ٢٠٢) ، واستئذانه قبل تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله أو ضبط الخطابات ونحوها فى مكاتب البريد

= تعتبر من أعمال الضبط القضائى التى تتبع السلطة التنفيذية باعتبار أنها تختص بالمحافظة على النظام مما يخولها سطة البحث عن الدليل وتوجيه الاتهام . هذا بخلاف الأوامر التى تسند إلى قضاة التحقيق فإنها تصدر عن ضميره القضائى . ولكن هذا المشروع لم يصمد للنقد . فشككت الحكومة لجنة أخرى أخذت بنظام الفصل بين السلطتين بغض النظر عن الاعتبارات العملية التى كانت وراء المشروع . والواقع لا صحة للقول بأن إجراءات التحقيق التى تختص بها النيابة تعتبر من أعمال الضبط القضائى وأنها تنبع من واجب السلطة التنفيذية فى المحافظة على النظام . فالتحقيق الابتدائى عمل قضائى لأنه يبحث فى مدى صحة الادعاء ، وهذا البحث يدخل فى صميم اختصاص السلطة القضائية بوصفه مرحلة لازمة للفصل فى الدعوى . والعبرة فى تكييف إجراء التحقيق يكون بالنظر إلى جوهره لا إلى صفة القائم به ، فما هذا الضمان إلا ضمان لحياة ممارسة الإجراء بالنظر إلى جوهره .

وقد عبر Pierre Truck الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية قبل بلوغه السن القانونية للمعاش عن أمله فى أن يخفف قاضى التحقيق ، وطالب بأن يعهد بالتحقيق الابتدائى إلى أحد أعضاء النيابة العامة بشرط تعديل نظامها حتى يصبح بمثابة قاض حقيقى يختاره المجلس الأعلى للقضاء . وأضاف حول مطالبته بإلغاء نظام قاضى التحقيق أنه ليس مقبولا أن يعمل القضاة قضاة للتحقيق . (انظر حديثه فى مجلة الفيجارو بتاريخ ٢٨ يونية سنة ١٩٩٩) .

وضبط البرقيات في مكاتب البرق ومراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وتسجيل المحادثات التي تجرى في مكان خاص (المادة ٢٠٦). وأوجب عليها الرجوع إلى محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة لدى الحبس الاحتياطي مدة تزيد عما قرر للقاضي الجزئي (المادة ١٤٣). ويذكر أن المشرع المصري قد برر إسباغ الحصانة القضائية على رجال النيابة العامة بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية. بما أورده في مذكرته الإيضاحية من أن النيابة العامة شعبة أصيلة من السلطة القضائية، تضطلع بمهام قضائية في مجال الدعوى الجنائية.

أما الاتجاه الثانى الذى يقرر الفصل بين الوظيفتين فقد راعى المبررات العملية التى قد تتطلب الخروج عن هذا المبدأ . مثال ذلك ، قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى ، فقد حول سلطة توجيه مرحلة الاستدلالات والاشتراك فيها مباشرة . وقيل فى هذا الشأن بأنه يسلك فى الدعوى كقاضى التحقيق ، لأن كلا منهما يعمل لهدف واحد وهو جمع الأدلة ووضعها فى ملف واحد أمام المحكمة ، وطبقا لمبدأ حرية القاضى فى الاقتناع ، فله أن يستمد اقتناعه من أى دليل (١).

ومن ناحية أخرى فإن القانون الفرنسى سمح لقاضى التحقيق أن يأمر بالتحفظ على المتهم - كإجراء من إجراءات الاستدلال "Garde à vue" وهو ما يملكه مأمور الضبط القضائى ، والنيابة العامة من تلقاء نفسه وبدون طلب من النيابة العامة فى جرائم التلبس (المادة ٧٢). على أنه لا يملك فى هذه الحالة أن يبدأ التحقيق إلا بناء على طلب من النيابة العامة (المادة ٨٠ إجراءات) (٢). ولم يقيد اختصاصه بالمتهم الذى طلبت النيابة العامة التحقيق معه فى الواقعة الإجرامية ، بل سمح له أن يتهم غيره من الأشخاص فى حدود الواقعة التى طلب منه التحقيق فيها (المادة ٨٠ / ٣) ، فالدعوى تدخل فى حوزتها بطابعها العيني in rem لا بطابعها الشخصى in personam . كما أجاز هذا القانون لغرفة الاتهام (وهى درجة ثانية لقضاء التحقيق) أن تتصدى لوقائع الأشخاص غير الذين وردوا فى طلبات النيابة العامة (المواد ٢٠١ ، ٢٠٢ و ٢٠٤ و ٢٠٦).

والواقع من الأمر، فإن كلا من الاتجاهين السابقين قد حرص على مبدأ حياد القائم بالتحقيق الابتدائى فى حدود معينة ، فلم يغفل الاتجاه القائم على إدماج وظيفتى التحقيق والاتهام فى جهة واحدة ، معنى الحياد ؛ بل عنى باستجلائه فى أحوال معينة

Damien Roets, Impartialité et justice pénale, op. cit., p.92.

(١)

Juris classeur, procédure pénale, 2, art. 79 à 84.

(٢)

أوجب فيها الرجوع إلى القضاء لاتخاذ بعض الإجراءات المهمة أو للرقابة على إجراءات التحقيق .

ولتأكيد معنى الحياد عند جمع الوظيفتين في جهة واحدة وصل الأمر إلى حد إضفاء الحصانة القضائية على أعضاء النيابة العامة ، وهو ما فعله المشرع المصري كما سلف البيان . ومن ناحية أخرى ، فإن الاتجاه القائم على الفصل بين الوظيفتين حرص على عدم إهمال الاعتبارات العملية التي تدعوى إلى تحويل وظيفة الاتهام قسطا من التحقيق الابتدائي .

ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي قد أكد على حرية قاضي التحقيق فيما يتخذه من إجراءات حين قرر أن الرقابة التي يمارسها رئيس غرفة المشورة على عمله لا يجوز أن تنصرف إلى غير الرقابة الإدارية التي تهدف إلى تمكينه من التحقق من سلامة سير الإجراءات تجنباً لأي تأخير غير مبرر ، فهذه الرقابة تنحصر في التحقيق من حسن إدارة العدالة لتجنب التأخير غير المبرر في التحقيق^(١) . ولكنها لا تعطى رئيس غرفة المشورة أي وسيلة في توجيه قاضي التحقيق نحو اختيار القرارات التي تتخذها .

وعلى هذا الأساس ، قيل بأن الوضع القضائي للقاضي يجعله أكثر قدرة على جمع الدليل وتقديره ، وأن يقرر - بكل ما يملكه من حياد - ما إذا كان المتهم يستحق الإحالة إلى المحاكمة أم لا ، وبأن الحرية الشخصية سوف تتعرض للخطر إذا لم يباشر التحقيق قاضي^(٢) .

وقد اعترض على هذا الرأي^(٣) بأن جميع إجراءات التحقيق قد لا يمارسها قاضي التحقيق بنفسه ، بل قد يندب مأمور الضبط القضائي لاتخاذ بعضها ، كما أن تقديره للدليل ليس نهائياً ، بل يخضع لرقابة غرفة الاتهام - في فرنسا - كما أن للمحكمة أن تقرر استكمال إجراءات التحقيق وأن تعهد إلى أحد أعضائها بالقيام بهذه المهمة . وقد رد على هذا الاعتراض بأن بعض إجراءات التحقيق مقصورة على قاضي التحقيق وحده ، وهي الإجراءات الماسة بالحرية واستجواب المتهم ولا يجوز له أن يندب غيره لاتخاذها . ومع ذلك ، فقد رأينا كيف أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قرر بأن عدم تدخل

Décision No.80 - 127 Dc des 19 et 20 Janvier 1981, Rec, p.15.

(١)

Merle et Vitu; Traité de droit criminel, Tome 11, 1979, No.251, p.354.

(٢) انظر:

Thierry Renaux, op. cit., p.441.

(٣) انظر:

قاضى التحقيق لا يؤدي إلى عدم دستورية النص طالما أن تقدير الدليل يتم بواسطة قاضى الحكم وطالما أن أى إجراء ماس بالحرية لا يتخذه غير القاضى^(١).

وواقع الأمر، أن الحماية الدستورية للحقوق والحريات ترتبط بالضمان القضائي كما نص عليه الدستور. فإذا رجعنا إلى الدستور المصرى نجد أنه قد ساوى بين القاضى والنيابة العامة فيما يتعلق بحق اتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية كالقبض والتفتيش والحبس أو تقييد الحرية بأى قيد أو منع التنقل. وهو ما يكشف في ذاته أن الدستور لم يحتم إيجاد قاضٍ للتحقيق. وقد تأكدت الطبيعة القضائية للنيابة العامة فيما نصت عليه المادة ٧٠ من أنه لا تقام الدعوى الجنائية إلا بأمر من جهة قضائية، هو ما يعنى وصف النيابة العامة بالجهة القضائية. وقد تأكد هذا الأمر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية فيما تضمنه من إسباغ الحصانة القضائية على أعضاء النيابة العامة (المادة ٦٧). وأيا كان الأمر، فإن إيجاد قاضٍ للتحقيق بمعنى الكلمة يعتبر بلا شك أكثر ضمانا.

قضاء الإحالة: ويدق البحث بالنسبة إلى قضاء الإحالة وهو نوع من قضاء التحقيق. ذلك أن الأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة هو تصرف في التحقيق برفع الدعوى إلى القضاء. ويفترض هذا الأمر نسبته إلى قاضٍ يصدره في حدود سلطته في الفصل في الطلبات أو المنازعات وفقا للقانون. ويتولى القاضى من خلال هذه السلطات تقدير مدلول الأدلة المستمدة من التحقيق ومدى كفايتها لإحالة المتهم إلى المحاكمة. وبهذا الأمر تدخل الدعوى في حوزة المحكمة المحالة إليها. إلا أنه ضمانا لحق المتهم في الدفاع يتعين تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة من قبل النيابة العامة. فهذا التكليف له دور مزدوج: الأول هو مباشرة الاتهام، والثانى هو ضمان حق المتهم في الدفاع. هذا بخلاف أمر الإحالة فهو مجرد قرار قضائي بالتصرف في التحقيق وبه تنتقل الدعوى إلى مرحلة أخرى هى المحاكمة. وتفترض الإحالة بهذا المعنى صدور القرار من قاضٍ فهى بطبيعتها لا تكون إلا بأمر قضائي. أما في الأحوال التى تتولى فيها النيابة العامة وحدها التحقيق - كما في القانون المصرى - فإنها لا تصدر أمرا بالإحالة عندما تقرر رفع الدعوى إلى المحكمة، بل تقتصر على تكليفه بالحضور. أمام المحكمة المختصة (المادة ٢١٤) إجراءات.

وننبه إلى أنه إذا كان الأثر القانونى لأمر الإحالة - سواء كان صادرا من قاضى

(١) راجع قرار المجلس الدستوري الفرنسى في ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ سالف الذكر.

التحقيق أو من النيابة العامة - لا يتعدى مجرد إدخال الدعوى في حوزة المحكمة المحالة إليها الدعوى، ولكنه لا يمنحها الاختصاص بالمحاكمة باعتبار أن الاختصاص أمر يحدده القانون. ويكون من سلطة المحكمة أن تبحث مدى اختصاصها بنظر الدعوى طبقاً للقانون رغم إحالتها إليها بمقتضى أمر الإحالة.

وقد ذهبت بعض الولايات الأمريكية إلى إسناد وظيفة الإحالة إلى المحكمة إلى هيئة من المحلفين يطلق عليها هيئة المحلفين الكبرى "Grand jury"^(١). تتميز لها عن هيئة المحلفين الصغرى التي تشترك في المحاكمة. وفي هذا النظام بعد أن ينتهى القاضى من تحقيق الدعوى يحيلها ممثل الاتهام إلى هيئة المحلفين الكبرى لكى يأمر بإحالة المتهم إلى المحكمة ويسمى أمر الإحالة المذكور بـ "Indictment" تتميز له عن أمر الإحالة الذى يصدره القاضى أو ممثل الاتهام ويسمى "Information". وتكفل هيئة المحلفين الكبرى مزيداً من الضمان للمتهم فى الإشراف على الإجراءات الجنائية، وذلك لما للمحلفين فى هذا النظام من دور مهم وفعال فى المشاركة فى إصدار الحكم الجنائى^(٢).

على أننا نجد قانون الإجراءات الجنائية الألمانى يستعيز عن مرحلة الإحالة بنظام

(١) تتكون بوجه عام من ٢٣ عضواً، ولا يكون انعقادها صحيحاً إلا بحضور ١٦ عضواً. ويجب لصدر قرار الإحالة أن يتفق عليه ١٢ عضواً على الأقل. وليس للمتهم الحق فى الحضور أمام هذه الهيئة سواء بشخصه أو بواسطة محام، ويتم مداولتها فى سرية. وتصدر قراراتها بناء على الأدلة التى يعرضها عليها ممثل الاتهام. هيئة المحلفين الكبرى أن ترفض إحالة المتهم إلى المحكمة إذا رأت أن هذه الأدلة غير كافية أو أنه من غير الملائم رفع الدعوى:

Institut de droit comparé, le système pénal des Etats - Unies d'Amerique, Paris 1964, p.168, et 186.

(٢) وقد اتجهت بعض التشريعات إلى إسناد مهمة الإحالة فى الجنايات إلى جهة قضائية أعلى درجة من القاضى الذى باشر التحقيق. ويطلق على هذه الجهة فى القانون الفرنسى اسم (غرفة الاتهام)، وقد روى فى ذلك أن الجنايات هى من أخطر الجرائم التى تعرض المتهم بها عند محاكمته لأشد العقوبات، كما يقتضى إحاطته بضمانات تكفل حماية حريته. ففى هذه الحالة يتضاعف الضمان القضائى فى الإجراءات فلا يقتصر على مجرد مباشرة التحقيق، بل يمتد إلى التصرف فى الدعوى سواء بوضع حد لها أو بإحالتها إلى المحكمة. ويتولى قضاء الإحالة مراقبة تقدير قضاء التحقيق لمدى كفاية الأدلة التى تبرر إحالة المتهم إلى المحاكمة.

وقد أخذ بنظام قاضى الإحالة القانون العراقى والسورى. أما القانون اللبنانى والتونسى فقد أسند الاختصاص بالإحالة إلى دائرة خاصة تسمى بالهيئة الاتهامية - كما فى القانون اللبنانى (المادة ٢٥١) أو دائرة الاتهام - كما فى القانون التونسى (المادة ١٦٠) أو إلى غرفة الاتهام - كما فى القانون الليبى (المادة ١٨٤)، وفى القانون السودانى تحال القضايا التى تدخل فى اختصاص محاكم من درجة أعلى بواسطة قاض من درجة أدنى (المادتان ١٦٢، ٢٣٧) إجراءات.

آخر مؤداه أن سلطة الاتهام تحيل القضية بعد تحقيقها بمقتضى قرار الاتهام "The charge sheet" إلى محكمة الموضوع لكي تقرر افتتاح إجراءات المحاكمة أو إيقاف الاستمرار في الاتهام (انظر المواد من ١٩٨ إلى ٢٠٤). ويعيب هذا النظام أن محكمة الموضوع هي بذاتها التي تقرر ما إذا كان للاتهام أدلة تبرر افتتاح إجراءات المحاكمة "Order opening proceeding" أو أنها على العكس لا تكفى، بحيث يتعين معها إيقاف الاستمرار في الاتهام. فالمحكمة بذلك تجمع بين سلطتي الإحالة والقضاء، وهما سلطتان متعارضتان لا يجوز الجمع بينهما تحقيقاً للعدالة^(١)، ذلك أن المحكمة حين تقرر افتتاح إجراءات المحاكمة تكون فكرة معينة عن القضية فلا يجوز بعدها الاطمئنان إلى حيدتها عند الفصل فيها^(٢). على أنه لا شبهة في ذلك إذا اقتضت سلطة المحكمة على التحقق لأول وهلة من جدية الاتهام، ولا بأس من أن تقرر ذلك لمصلحة المتهم.

وفي مصر، كان قانون تحقيق الجنايات الصادر سنة ١٨٨٣ يجعل التحقيق من وظيفة قاضى التحقيق، فكان له أن يأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة سواء في المخالفات أو الجناح أو الجنايات (المواد ١١٣ إلى ١١٦) ولما حولت النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائي صار لها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة في المخالفات والجناح والجنايات على السواء (المادتان ١٤ و ١٦) من دكريتو ٢٨ مايو سنة ١٨٩٥. واستمرت النيابة العامة في مزاوله هذا الاختصاص بعد صدور قانون تحقيق الجنايات سنة ١٩٠٤ الذى أبقى للنيابة سلطة التحقيق (المادتان ٤٢ و ٤٣). ثم صدر قانون تشكيل محاكم الجنايات في ٢١ يناير سنة ١٩٠٥ وقرر الفصل بين سلطتي النيابة العامة في التحقيق والإحالة في الجنايات فقط، إذ نصت المادة ٩ من هذا القانون على وجوب أن تقدم النيابة الدعوى إلى قاضى إحالة قبل تقديمها لمحكمة الجنايات. ويختص هذا القاضى إما بإحالتها إلى محكمة الجنايات أو بالتقرير بأن لا وجه لإقامتها، ثم صدر قانون الإجراءات الجنائية ١٩٩٠ فأسند التحقيق الابتدائي إلى قاضى التحقيق وأسند الإحالة في الجنايات إلى غرفة الاتهام وهى وجهة قضائية تتكون من ثلاثة قضاة. وعلى هذا النحو ضاعف هذا القانون من فكرة الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية في

(١) وبهذا المعنى أشار تقرير اللجنة الثالثة للمؤتمر الدولى للفقهاء المنعقد فى نيودلهى سنة ١٩٥٩ لبحث قاعدة الشرعية فى المجتمع الحر.

(٢) انظر مقالنا، مستشار الإحالة، المجلة الجنائية القومية، المجلد الخامس - العدد الثانى سنة ١٩٦٢ ص ٢٤٣، ٢٤٢.

مواد الجنايات فلم يقتصر على مجرد جعل التحقيق من قاضى التحقيق ، بل أوجب أن تكون إحالة هذا النوع من الجرائم إلى محكمة الجنايات بواسطة جهة قضائية أوفر ضمانا ، ثم صدر قانون رقم ٣٥٣ سنة ١٩٥٢ الذى جعل التحقيق - بحسب الأصل - من اختصاص النيابة العامة وأبقى على غرفة الاتهام كقضاء للإحالة . وأصبحت الغرفة منذ ذلك الحين تباشر الإشراف القضائى على الإجراءات عند التصرف فى التحقيق فى الجنايات . وعلى هذا النحو أصبح قضاء الإحالة فى الجنايات يعوض بعض النقص الذى شاب القانون المصرى عندما أسند التحقيق الابتدائى إلى النيابة العامة ، ثم ما لبثت بعض الصيحات أن ارتفعت لمحاولة المساس بهذا الضمان القضائى عن طريق المناذاة بإلغاء غرفة الاتهام بدعوى عدم فائدتها وتعطيلها للإجراءات^(١) . إلا أن رأى المعارض كان أكثر قوة وفهما لأهمية الإشراف القضائى على الإجراءات ، وخاصة فى مرحلة الإحالة إلى محكمة الجنايات ، فانتصرت حجته وبقي قضاء الإحالة^(٢) . ولكن بعض التعديل أصاب تشكيكه فأصبح يتكون من مستشار للإحالة بدلا من القضاة الثلاثة الذين تتكون منهم غرفة الاتهام (القانون رقم ١٠٧ سنة ١٩٦٢) . على أن محاولات إلغاء قضاء الإحالة قد أفلحت فى النهاية ، وصدر القرار بقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨٠ الذى ألغى مرحلة الإحالة كلية ، وجمع بين سلطة التحقيق والإحالة فى الجنايات ، فأصبح للمحقق سواء أكانت النيابة العامة أم قاضى التحقيق إحالة الدعوى مباشرة إلى محكمة الجنايات . ومن حيث الملاءمة ، فإننا نصر على انتقادنا لهذه السياسة الإجرائية ونرى أهمية وجود مصفاه قضائية لهذا النوع الخطير من الجرائم وهو الجنايات ، وخاصة فى ظل نظام يعطى للنياية العامة سلطة الجمع بين الاتهام والتحقيق الابتدائى ، مع عدم جواز الاستئناف فى الجنايات .

(١) وأهم الحجج التى اعتمد عليها هذا رأى ، أن الإحصاءات قد دلت على أن عدد الجنايات التى قررت غرفة الاتهام بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية فيها لم يزد على نسبة ضئيلة جدا ، وأن كثيرا من القضايا التى أحالتها غرفة الاتهام إلى محاكم الجنايات صدرت فيها أحكام بالبراءة مما يفيد أن غرفة الاتهام تتهيب التقرير بعدم وجود وجه وتؤثر ترك الدعوى الجنائية لمحكمة الجنايات ، وأن الفائدة من وجود هذه الغرفة لا تتناسب مع ما يترتب عليها من تأخير الفصل فى الدعوى .

(٢) وكان أهم حجج هذا رأى أن أساس قضاء الإحالة هو وجود قاض يراجع التحقيق ويقدر مدى كفاية الأدلة لتقديم المتهم إلى محكمة الجنايات ، وخاصة فإن قضاء هذه المحكمة لا معقب عليه من حيث الموضوع ، وأن حاجة المواطنين إلى رقابة القاضى على تحصيل الدليل وتلقيه لازمة كحاجتهم إلى قيام القاضى على تقدير الدليل عند الحكم فى موضوع الدعوى ، ولا يجوز الحكم على قطعة أساسية فى النظام الجنائى على أساس نسبة معينة تبرزها الإحصاءات .

المطلب الثالث

الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفتي الاتهام والتحقيق الابتدائي

لا جدال حول التناقض بين وظيفتي الاتهام والتحقيق الابتدائي من جهة، وبين وظيفة الحكم من جهة أخرى. فالفصل بين وظيفة الحكم وكل من تلك الوظيفتين ضمان كبير لحياة القضاء.

٢٥٠- الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة الاتهام

قررت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في ظل قانون تحقيق الجنايات رغم خلوه من نص يحظر الجمع بين السلطتين^(١)، وقد أكدته بعد ذلك قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي (المادة ٢٣٥). ونص قانون الإجراءات الجنائية المصري صراحة على المبدأ في المادة ٢٤٧ التي جرت على أنه يمتنع على القاضى أن يشترك في نظر الدعوى إذا كان قد قام «بوظيفة النيابة العامة»، وهذا التعبير ينصرف إلى وظيفة الاتهام وغيرها من الأعمال التي تقوم بها النيابة العامة في مصر. وينصرف الحظر إلى عدم جواز أن يكون القاضى قد قام في ذات الدعوى التي ينظرها بأى عمل من أعمال الاتهام، مثل تكليف المتهم بالحضور أو إعلانه بقائمة الشهود، أو تقديم الطلبات إلى قاضى التحقيق. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز لعضو النيابة العامة أن يعمل قاضيا في نفس المحكمة التي كان يمثل النيابة أمامها طالما أنه لا ينظر أية دعوى سبق أن قام بشأنها بأى عمل من أعمال النيابة العامة. ولا يجوز أن يترتب على مبدأ عدم جواز تجزئة النيابة العامة

(١) انظر:

Crim., 28 Fév. 1828, Bull., 51; 5 Déc 1903, Bull., No.411; Sept. 1905, Bull., No. 445; 20 Nov. 1925, Bull., No.313.

اعتباره مساهما في كل الدعاوى التي أسهم فيها زملاؤه القائمون بوظيفة النيابة العامة أمام ذات المحكمة^(١).

وقد أكد المشرع هذا المبدأ من خلال النص على عدم جواز معاقبة المتهم عن واقعة غير التي وردت في أمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور، وعدم جواز الحكم على غير المتهم المقامة عليه الدعوى (المادة ٣٩٧ إجراءات مصرية).

ومع ذلك، فقد تخرج بعض التشريعات عن هذا المبدأ الهام خضوعا لاعتبارات سرعة الإجراءات. ولا أهمية لهذا الخروج إذا اقتصر الأمر على مجرد تحويل سلطة الحكم قسطا من اختصاصات سلطة الاتهام طالما أنه لا يمتد إلى حد تحويلها الاختصاص بالفصل في الدعاوى التي باشر فيها الاتهام. مثال ذلك، ما نصت عليه المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرية من تحويل محكمة الجنايات ومحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن للمرة الثانية حق التصدي بتحريك الدعوى الجنائية عن وقائع جديدة أو متهمين جدد (المادتان ١١ و ١٢)، وعند وقوع أفعال من شأنها الإخلال بأوامرها، أو بالاحترام الواجب لها، أو التأثير في قضائها أو في الشهود (المادة ١٣ إجراءات) دون تحويلها أى حق في الفصل في موضوع هذه الدعوى^(٢).

وكذلك الشأن إذا وقعت جناية في الجلسة، فإن رئيس المحكمة يصدر أمرا بإحالة المتهم إلى النيابة العامة ويأمر بالقبض عليه عند الاقتضاء (المادة ٢٤٤ / ٢، ٣). في هاتين الحالتين يوجد إخلال بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم، لا يصل إلى حد المساس بحياد القضاء طالما أن المحكمة لا تملك الفصل في الدعوى التي باشرت فيها الاتهام^(٣). إلا أنه مراعاة لاعتبارات حفظ النظام في الجلسة يجوز للمحكمة إذا وقعت جنحة أو مخالفة في الجلسة أن تقيم الدعوى على المتهم في الحال، وتحكم فيها بعد سماع أقوال النيابة العامة ودفاع المتهم (المادة ٢٤٤ / ١ إجراءات).

Crim., 17 Déc. 1964, Bull., No.343.

(١)

(٢) ويلاحظ طبقا للمادة ١١ إجراءات أنه للمحكمة في حالة التصدي أن تندب أحد أعضائها للقيام بإجراءات التحقيق، وفي هذه الحالة تسرى على العضو المندوب جميع الأحكام الخاصة بقضايا التحقيق. ويتوقف مناط اختصاص هذا العضو بالتحقيق الابتدائي على تطبيق المادة ١١ إجراءات.

(٣) وقد رأى المشرع ذلك في (المادة ٢٤٥) إجراءات إذ نص على ما مؤداه إذا وقعت جريمة من المحامي في الجلسة، فللمحكمة أن تقرر إحالة المحامي إلى النيابة العامة لإجراء التحقيق ولا يجوز أن يكون رئيس الجلسة التي وقع أمامها أو أحد أعضائها عضوا في الهيئة التي تنظر الدعوى (المادة ٢٤٥).

ومع ذلك ، فقد يحدث المساس بحياد القضاء تحت ضغط الاعتبارات العملية ، عن طريق تحويل المحكمة حق الفصل في الدعوى التي باشرت فيها الاتهام . مثال ذلك ، ما نصت عليه المادة ٢٤٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري ، فقد خولت المحكمة سلطة رفع الدعوى والحكم فيها إذا وقعت جنحة أو مخالفة في الجلسة . وأيضا فإن المادة ٣٢١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي قد نصت على أنه إذا وقع إخلال بالنظام من أحد الحاضرين في جلسة محكمة الجنايات يأمر رئيس المحكمة بإخراجه من الجلسة ، فإذا قاوم هذا الأمر ، تمت محاكمته . وقد نص مشروع قانون الإجراءات الجنائية المصري على تحويل محكمة الجنايات ومحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن للمرة الثانية حق الفصل في الدعوى في الجنايات التي تصدرت لتحريكها (المادتان ١٨ و ١٩) . وهذا النص يخل بحياد المحكمة دون مبرر مقبول^(١) .

٢٥١- الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة التحقيق الابتدائي

إن الضمان الإضافي لحياة القاضى يتجلى في منع القاضى المكلف بالفصل في الدعوى من تكوين فكرة شخصية مسبقة عنها من خلال مباشرة أحد إجراءات التحقيق الابتدائي فيها ، وقد استخلصت المحاكم الفرنسية هذا المبدأ رغم وجود نص شامل يحظر الجمع بين السلطتين^(٢) ، إلى أن قرره القانون الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٧ ، وأكدته قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الجديد . فمن خلال الفصل بين الوظيفتين يمكن للقاضى أن يفصل في الدعوى غير خاضع لتأثره الشخصى بالتحقيق الابتدائي الذى أجراه بنفسه والذى انتهى إلى إحالة الدعوى إلى المحكمة سواء قام بهذا التحقيق كله أو بعضه بأحد إجراءاته . وقد عبر القانون المصرى عن هذا المبدأ فيما قرره من أنه يمتنع على القاضى أن يشترك في الحكم إذا كان قد أقام الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة (المادة ٢٤٧ / ٢) إجراءات . وتطبيقا لهذا المبدأ ، قضى بأنه لا

(١) ولا عبرة بما ساقته المذكرة الإيضاحية للمشروع من مبررات تقوم على تبسيط الإجراءات وسرعتها . فكل ذلك لا يمكن تحقيقه على حساب حياد القضاء ، وهو من دعائم شرعية قانون الإجراءات الجنائية ذاته بوصفه مفترضا للضمان القضائى .

(٢) كانت (المادة ٢٥٧) من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي تقصر ذلك على أعضاء محكمة الجنايات .

يشترط أن يكون القاضى قد أبدى رأيه فيما سبق أن أجراه من تحقيق أو لم يبد رأياً^(١).
وحكم بأنه لا يجوز للقاضى أن يتولى فى الدعوى الواحدة «وظيفة» قاضى الإحالة
و«وظيفة» الحكم فى الموضوع، فإن فعل ذلك يكون حكمه باطلاً^(٢).

ولا يقوم التعارض إذا كان القاضى قد باشر فى الدعوى مجرد عمل من الأعمال
الولائية أثناء التحقيق الابتدائى، مما لا ينم عن إلمامه بموضوع الدعوى أو عن مساهمته
فى التحقيق^(٣). مثال ذلك، الترخيص للمتهم أو للمجنى عليه أو للمدعى بالحقوق
المدنية أو للمسئول عنها بالحصول على صور من أوراق التحقيق على نفقتهم طبقاً للمادة
٨٤ إجراءات مصرى، أو بالأمر ببيع الشئ المضبوط، مما يتلف بمرور الزمن أو يستلزم
حفظه نفقات تستغرق قيمته طبقاً للمادة ١٠٩ إجراءات مصرى.

وقد لوحظ أن مبدأ الفصل بين وظيفتى الاتهام والحكم ليس مجرد ضمان لحياة
القاضى فحسب، وإنما يعتبر كذلك ضماناً للأصل فى المتهم البراءة^(٤). ومن ثم، فإن
الفصل بين الوظيفتين ينال قيمة دستورية باعتباره نتيجة لمبدأين دستوريين، هما حياد
القضاء وأصل البراءة. وننبه إلى أن المادة ٢٩٤ إجراءات قد نصت على أنه إذا تعذر
تحقيق دليل أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد أعضائها أو قاضياً آخر لتحقيقه.
ويعتبر هذا التحقيق امتداداً للتحقيق النهائى الذى تجر به المحكمة ومن ثم يخضع
لمبادئه. ويقتصر على إجراء معين يتعذر على المحكمة إجراؤه مثل إجراء معانة فى مدينة
أخرى غير التى يقع فيها مقر المحكمة، أو سماع شاهد مريض فى المستشفى يتعذر
حضوره للمحكمة. وهو تحقيق يختلف فى طبيعته عن التحقيق الذى يجريه عضو
المحكمة المندوب للقيام به فى حالة التصدى طبقاً للمادة ١١ إجراءات إذ يعتبر تحقيقاً
ابتدائياً يخضع للأحكام الخاصة بقاضى التحقيق، بحكم مباشرة الاتهام بواسطة
المحكمة طبقاً للمادة ١١ / ١ إجراءات.

ويلاحظ أن المشرع قد يخول قاضى التحقيق قسطاً من وظيفة الحكم لاعتبارات

(١) نقض ١٦ يناير سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد جـ ٢ رقم ٧٤ ص ١٠٥، ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ جـ ٧ رقم

٧٣٢ ص ٦٩٣، ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ جـ ٧ رقم ٧٤٦ ص ٧٠٤.

(٢) نقض ١٧ يناير ١٩٤٩، مجموعة القواعد جـ ٧ رقم ٧٩٤ ص ٧٥٦.

Crim., 25 Mars 1935. Bull., No.35.

(٣) فى هذا المعنى:

Thierry Renaux, op. cit., p.344.

(٤) انظر:

عملية . مثال ذلك ، ما نصت عليه المواد ١١٧ إلى ١٢٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى بشأن ما يملكه قاضى التحقيق من سلطات فى الحكم على الشهود عن امتناعهم عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين . إلا أن ذلك لا يعتبر خروجاً على مبدأ الفصل بين وظيفتى التحقيق والحكم ، لأن الفصل المنهى عنه هو الذى يتعلق بذات الدعوى (مع وحدة الخصوم والسبب) ، وهو ما لا ينطبق على الدعوى الخاصة بامتناع الشاهد عن الحضور أو عن حلف اليمين ، فهى مختلفة تماماً عن الدعوى التى يحققها قاضى التحقيق سواء من حيث الخصوم أو من حيث السبب . وبناء على حياد قاضى الحكم يكون القاضى حراً فى اقتناعه ، وله أن يبنى حكمه على أى دليل يطرح أمامه فى الجلسة (المادة ٣٠٢ إجراءات) . وللقاضى أن يعدل التهمة بإضافة وقائع جديدة إلى التهمة الأصلية لإعطائها الوصف القانونى الصحيح إذا كانت هذه الوقائع قد ثبتت من التحقيق الابتدائى أمام المحكمة (المادة ٣٠٨ إجراءات) .

الفصل الثالث القضاء الطبيعي

٢٥٢- تمهيد:

ظهرت فكرة القاضى الطبيعى لأول مرة فى العهد الأعظم فى إنجلترا عام ١٢١٥ ، ثم عرفت هذه الفكرة فى النصف الأول من القرن الثالث عشر فى صورة معينة ، وهى انتهاء القاضى إلى نفس طبقة المتقاضين ، فيحاكم رجال الكنيسة أمام نظرائهم من رجال الكنيسة ويحاكم الإقطاعيون أمام المحاكم الإقطاعية ، ثم ظهرت فكرة القاضى الطبيعى كأصل من أصول الدولة القانونية ، وعبر عنها الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٧٩٠ (المادة ١٧)^(١) بوصفها ضمانا أساسيا للحريات .

والواقع من الأمر ، فإن استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وحياده ، يقتضيان ألا يخضع القاضى لغير القانون الذى حدد اختصاصه وولايته على الدعوى قبل وقوع الجريمة . وكل تدخل فى اختصاص القاضى بصدد دعوى معينة يعتبر اعتداء على استقلاله وحياده . وهذا التدخل قد يأتى فى شكل انتزاع الدعوى من يد قاضيهما الأصيل وتخصيص قاض آخر لنظرها ، مما ينطوى حتما على مساس باستقلال القاضى الأصيل صاحب الدعوى التى انتزعت منه ، وعلى مساس آخر باستقلال وحياد القاضى غير الأصيل الذى أصبحت الدعوى من اختصاصه بطريق الافتعال . وعلة ذلك أن التدخل فى شئون القضاء على هذا النحو ينطوى على تنحية قاض عن دعواه وتخصيص آخر لهذه الدعوى . ومن ثم ، فإن مبدأ القاضى الطبيعى يكمل مبدئى استقلال القضاء وحياده . ويعتبر كذلك نتيجة منطقية لمبدأ المساواة أمام القضاء ، فإن هذه المساواة تأبى إلا أن يحاكم كل المواطنين أمام قضاء واحد هو القضاء

The Review of international commission of jurists; independence of the judiciary in Italy, (١)
No. 10 (1973), p. 34.

الطبيعى . وقد عني الدستور المصرى الجديد الصادر سنة ١٩٧١ بالنص على أن لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعى (المادة ٦٨) . وفى هذا المعنى نصت المادة ٢٥ من الدستور الإيطالى (١٩٤٨) على أنه لا يجوز أن يحرم شخص من قاضيه الطبيعى الذى حدده القانون .

٢٥٣- الشروط الواجب توافرها فى القضاء الطبيعى

لكى يكون القضاء طبيعياً يجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

١- إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون :

بيّننا أن القانون بوصفه الأداة التى تنظم استعمال الحقوق والحريات هو المصدر لقواعد الإجراءات الجنائية ، ومنها قواعد التنظيم القضائى وقواعد الاختصاص ، ولذلك ، فإن الفرض أن تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى قد أنشئت وتحدد اختصاصها طبقاً للقانون . فالسلطة التشريعية وحدها هى صاحبة الاختصاص فى إنشاء المحاكم . وقد نصت المادة ١٤ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦ على أن لكل فرد الحق فى محكمة مختصة ومستقلة ومحيدة قائمة استناداً إلى القانون^(١) ، فلا يجوز للسلطة التنفيذية أن تنشئ - فى غير حالة الظروف الاستثنائية - أية محكمة استثنائية أو أية محكمة لها اختصاص مواز للمحكمة ذات الاختصاص الأصيل . ويفترض فى المحكمة التى تختص السلطة التشريعية - وحدها - بإنشائها أن تملك الوظيفة القضائية وفقاً للمعيار الموضوعى لا مجرد المعيار الشكلى . فالعبرة هى بالمهمة أو السلطة الممنوحة للجهة التى أنشئت ، فإذا كان من اختصاصها فرض جزاء أو الفصل فى نزاع معين ، فإنها تعتبر محكمة . ومثال ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى من بطلان لمرسوم سنة ١٩٦٠ بإنشاء لجان إدارية تختص - بجانب

(١) تضمنت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان سنة ١٩٧٨ فى المادة الثامنة أن المحاكمة تكون أمام محكمة مختصة مستقلة غير متميزة أسست من قبل وفقاً للقانون (انظر بوليوينا كوكوت - النظام الأمريكى لحماية حقوق الإنسان - مقال منشور بالمجلد الثانى لحقوق الإنسان الصادر عن المعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية - سيراكوزا - إيطاليا) ، الطبعة الأولى ، يونيو ١٩٨٩ - ص ٣٧٤ .

اختصاصها الإداري - بنظر أن هذه اللجان تعتبر في حقيقتها محاكم ولا يجوز إنشاؤها إلا من السلطة التشريعية (١).

٢- إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقواعد عامة مجردة :

يجب أن يعرف سلفا كل مواطن من هو قاضيه بقواعد عامة مجردة. فلا يجوز بعد وقوع الجريمة انتزاع المتهم من قاضيه الطبيعي إلى محكمة أخرى أنشئت لدعوى معينة دون ضوابط عامة مجردة، وذلك بإخراج هذه الدعوى التي كانت من اختصاص المحكمة ونقلها إلى محكمة أنشئت لها خصيصا.

هذا وقد كان القضاء الفرنسي قد جرى قديما على تطبيق قواعد الاختصاص بأثر مباشر، ولو كان القانون الجديد قد نقل اختصاص المحكمة العادية إلى محكمة استثنائية (٢). وهو ما لا يجوز إلا في حالة الطوارئ حين تنشأ محاكم استثنائية مقيمة لبعض الجرائم التي تقع أثناء هذه الحالة.

ولا محل للتحدى بأن القانون الجديد المعدل للتنظيم القضائي أو للاختصاص يستوحى أحكامه من اعتبارات حسن تنظيم العدالة، لأن هذه الاعتبارات يجب مراعاتها دون انحراف عن الغاية المشروعة من إصدار القانون. فإذا كانت المحكمة قد أنشئت أو تحدد اختصاصها بالنسبة إلى دعوى جنائية معينة، فإن القانون يكون مشوبا بعيب انحراف في السلطة التشريعية طالما فقد طابع التجريد. كما أن إدخال جريمة معينة وقعت من قبل في اختصاص المحكمة الجديدة يعتبر انتزاعا ضمنيا للدعوى من اختصاص المحكمة الأصلية، وهو ما يتعارض مع استقلال القضاء. ولا يكفي أن تكون العقوبات المقررة للجريمة لم يمسها التغيير في القانون الجديد، كما لا يغير من الأمر أن تكون الإجراءات واحدة في كلا المحكمتين؛ لأن طبيعة المحكمة واختصاصها أمر يتعلق باستقلال القضاء وحياده، وهو أمر لا يمكن التفريط فيه حماية للحريات.

C.E, 18 Novembre 1960, Brechet, Rec. p. 639, C.E, 14 Avril 1961, Chatenay, (Thierry (١) Reanaux, p. 284, Baribant Rec. p. 234, 285).

Levasseur, Réflexions sur la compétence. un aspect négligé du principe de la légalité (٢) (Mélanges HUGUENEY; Problèmes contemporains de procédure pénale, Paris, SI-REY, 1964, p.19.

أما إذا صدر قانون بتعديل اختصاص المحكمة بطريقة عامة مجردة، فإنه يسرى بطريق مباشر على جميع الدعاوى القائمة ولو كانت عن جرائم وقعت قبل العمل بالقانون. والأصل أن يستهدف القانون تحقيق المصلحة العامة من وراء هذا التعديل بأن تكون المحكمة الجديدة أو الاختصاص الجديد للمحكمة يحقق للعدالة فاعلية أكثر أو يوفر للمتهم ضمانا أكبر.

وتزول شبهة المساس بالقضاء الطبيعي إذا كان القانون الجديد قد جعل الدعوى من اختصاص المحكمة أكثر ضمانا للمتهم. ففي هذه الحالة يتأكد احترام الحريات. وقد راعى المشرع اعتبار المحكمة الأكثر ضمانا للمتهم في الحالات التي يتعدد فيها اختصاص المحاكم بنظر جريمة واحدة، فنص في المادة ١٨٢ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على أنه إذا كانت الجرائم من اختصاص محاكم من درجات مختلفة تحال إلى المحكمة الأعلى درجة. فهذه المحكمة هي بلا شك الأكثر ضمانا بطريقة عامة مجردة. ومن الأمثلة التاريخية، أن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية كانت مختصة بالفصل في طلب إعادة النظر المرفوع من أسرة دريفوس، حتى صدر قانون في أول مارس سنة ١٨٩٩ فحول الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض، الاختصاص بالفصل في دعاوى إعادة النظر التي كانت من اختصاص الدائرة الجنائية^(١). ولاشك أن الهيئة الجديدة بحكم تشكيلها تعتبر أكثر ضمانا للمتهم بحكم كونها أكثر قدرة على احترام الحقوق والحريات. ويعتبر القاضى الجديد أصح للمتهم إذا كان تدخله يؤدي إلى المزيد من الضمان القضائي في الإجراءات، إما من خلال صفة القاضى (مثل كونه من القضاة المهنيين)، أو عدد القضاة، أو درجة المحكمة في السلم القضائي، أو فتح طريق الطعن في أحكامها أمام جهة قضائية أعلى. كل ذلك دون إخلال بالضمانات التي تتوافر للمتهم في إجراءات المحاكمة أمام القاضى الجديد. ويراعى في المقارنة بين القاضى القديم والقاضى الجديد مجموع ما يتميز به القاضى الجديد من الضمانات وفقا للمعايير السابقة.

ويدق البحث في حالات الاختصاص المتوازي حين ينص القانون الجديد على

(١) وقد صدر هذا القانون بناء على اقتراح لجنة أنشأتها الحكومة وتتكون من ثلاثة قضاة.
انظر:

MICHEL LESAGE; Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice,
These de doctorat, 1960. p. 77 et 78.

اختصاص أكثر من محكمة بنظر الجريمة - وتكون إحداها أقل ضماناً من غيرها من المحاكم - ففي هذه الحالة تستمر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى في نظرها، ولا يجوز إحالتها إلى المحكمة الأقل ضماناً.

٣- أن تكون المحكمة دائمة :

ويقصد بها المحكمة العادية التي أنشأها القانون لنظر الدعوى دون قيد زمني معين سواء تحدد هذا القيد بمدة معينة أو بظروف مؤقتة مثل حالة الحرب أو حالة الطوارئ . فهذا النوع من المحاكم المؤقتة لا يعتبر من قبيل القضاء الطبيعي إلا بالنسبة للجرائم التي أنشئت من أجلها . أما الجرائم العادية فهي دائماً من اختصاص المحاكم العادية التي لا يتوقف وجودها أو اختصاصها على وقت أو ظرف معين .

ويلاحظ أن المادة ١٩ من القرار رقم ١٦٤ سنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ قد نصت على أنه عند انتهاء حالة الطوارئ تظل محاكم أمن الدولة مختصة بنظر القضايا التي تكون محالة عليها . ولما كان المقصود بمحاكم أمن الدولة في هذا الشأن هي ذلك النوع من المحاكم المؤقتة التي تنشأ بسبب حالة الطوارئ ، لا محاكم أمن الدولة الدائمة التي نص عليها الدستور والتي صدر بشأنها القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ ، فإنه لا يجوز أن يمتد اختصاص هذه المحاكم بعد انتهاء حالة الطوارئ إلى غير الجرائم التي تنشأ بمقتضى الأوامر العسكرية دون الجرائم العادية التي تدخل أصلاً في اختصاص محاكم القانون العام ، والتي يصدر قرار جمهوري بإحالتها إلى محكمة أمن الدولة في حالة الطوارئ . ولا وجه للتحدي بأن رئيس الجمهورية قد يحيل إلى محاكم أمن الدولة بعض جرائم القانون العام وذلك لأن مناسبات الاختصاص الاستثنائي لهذه المحاكم بهذه الجرائم هو قيام حالة الطوارئ . ومتى زالت هذه الحالة انحسر اختصاص هذه المحاكم بقوة القانون عن جرائم القانون العام لكي تعود إلى قاضيتها الطبيعي ، بخلاف الحال في الجرائم التي تنشأها الأوامر العسكرية فإن قاضيتها هو محاكم أمن الدولة (طوارئ) لأن حالة الطوارئ هي التي اقتضت إنشاء هذه الجرائم فتكون من اختصاص المحاكم التي اقتضتها هذه الحالة . فما ينشأ من جرائم في إطار شرعية الطوارئ يكون من اختصاص المحاكم التي تنشأ في إطار هذه الشرعية الاستثنائية .

ويلاحظ أن المبدأ الثالث من المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية التي

أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر سنة ١٩٨٥ قد عني بتأكيد أن «تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي، كما تنفرد بسلطة البت فيما إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل في نطاق اختصاصاتها حسب التعريف الوارد في القانون». كما جرى المبدأ الخامس بأنه «لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة، ولا يجوز إنشاء هيئات قضائية لا تطبق الإجراءات القانونية حسب الأصول الخاصة بالتدابير القضائية، بقصد نزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية، والهيئات القضائية».

وقد كان موضوع القضاء الطبيعي أحد أهم الموضوعات التي طرحت على بساط البحث في مؤتمر العدالة الأول الذي أقامه قضاة مصر بالقاهرة في إبريل سنة ١٩٨٦، وانتهى المؤتمر في توصياته إلى أن «المناطق في القضاء الطبيعي أن يكون القضاء محددًا وفق قواعد قانونية مجردة في وقت سابق على نشوء الدعوى، بما مؤداه أنه يعد قضاء استثنائيا، كل قضاء ينشأ في وقت لاحق على نشوء النزاع أو ارتكاب الجريمة، لكي ينظر في دعوى معينة بالذات، وأن تتوافر فيه الضمانات الجوهرية التي قررها الدستور والقانون^(١)(٢). ويعتبر حرمانا من حق اللجوء إلى القاضي الطبيعي إجبار الخصوم إلى اللجوء إلى التحكيم قسرا^(٣).

(١) وفي مقدمة هذه الضمانات، أن يكون مشكلا من قضاة إخصائيين في العمل القضائي ومتفرغين له، متوافرة فيهم شروط الاستقلال وعدم القابلية للعزل، متحققة لهم مقتضيات الحيطة والموضوعية باعتبارهم حماة الحقوق والحريات بنص (المادة ٦٥) من الدستور، ومن هذه الضمانات أيضا أن تكفل لأطراف الدعوى جميعا حقوق الدفاع وضماناته كاملة إعمالا لحكم (المادتين ٦٧ و ٦٩) من الدستور وأن يكون القانون الذي يطبقونه ملتثما مع الدستور وفي إطار من الاحترام الدولي لحقوق الإنسان وكرامة المواطن حتى تتوافر للقانون السيادة التي نص الدستور في (المادة ٦٤) منه على أنها أساس الحكم في الدولة. توصيات لجنة نظام القضاء - وثائق مؤتمر العدالة الأول - القاهرة - ١٩٨٦.

(٢) ومن بعد فقد عقدت الجمعية المصرية للقانون الجنائي مؤتمرها الأول في القاهرة سنة ١٩٨٧، وقد انتهى المؤتمر في تحديده لمفهوم القضاء الطبيعي إلى أنه لا يجوز أن يحرم المتهم من القضاء الطبيعي المختص وقت ارتكاب الجريمة، والقاضي الطبيعي هو من يعين طبقا لقوانين تنظيم القضاء ويتمتع بالاستقلال وعدم القابلية للعزل، ويطبق قانون الإجراءات الجنائية. (المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي - القاهرة ١٩٨٧ - اللجنة الثالثة - العلاقة بين التنظيم القضائي والإجراءات الجنائية).

(٣) دستورية عليا في ٣ يوليو سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١٠٤ سنة ٢٠ قضائية «دستورية». وانظر ما تقدم بند ٢٣٣.

وفي المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي عقد في الإسكندرية سنة ١٩٨٨ بالاشتراك مع الجمعيتين الفرنسية والأمريكية لقانون العقوبات في موضوع «حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية»، حدد المؤتمر مفهوم القضاء الطبيعي في قوله: «إنه القضاء الذي يتوافر له شرطان، الأول: أن يكون تعيين القاضى بالتطبيق لشروط قانون السلطة القضائية، والثاني: أن يباشر اختصاصه وفقا لقانون الإجراءات الجنائية دون استثناء، بمعنى أن يجاز الطعن في قراراته وأحكامه بالطرق المقررة في هذا القانون»^(١). ويلاحظ أن الشرط الثاني لا يتعلق بمفهوم القضاء الطبيعي بقدر ما يتعلق بمفهوم المحاكمة القانونية (المنصفة).

ونشير إلى أن البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن المجلس الإسلامي المنعقد في باريس سنة ١٩٨١ قد أكد حق الفرد في محاكمة عادلة أمام محكمة ذات طبيعة قضائية كاملة^(٢).

٢٥٤- المحاكم ذات الاختصاص الخاص

يقصد بالمحاكم ذات الاختصاص الخاص ذلك النوع من المحاكم التي يتقيد اختصاصها ببعض الجرائم أو بفئات معينة من المتهمين. وهي تقابل محاكم القانون العام التي تختص بجميع الجرائم - ولو كانت من نوع معين - وجميع المتهمين بارتكابها. ويطلق على هذا النوع من المحاكم في فرنسا اسم المحاكم ذات الاختصاص الاستثنائي (Juridictions d'exception) تمييزا لها عن المحاكم الاستثنائية (Juridictions Exceptionnelles)^(٣)، والأصح أن يطلق عليها تعبير (المحاكم ذات الاختصاص الخاص) منعا للخلط بينها وبين المحاكم الاستثنائية.

وتعتبر المحاكم ذات الاختصاص الخاص نوعا من القضاء الطبيعي بالنسبة إلى المتهمين أو الجرائم التي تدخل في اختصاصها في غير حالة الطوارئ. ومثال هذه المحاكم في القانون المصري المحاكم العسكرية المنصوص عليها في القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٦٦ بإصدار الأحكام العسكرية. والأصل في اختصاص هذه المحاكم أنه يتحدد

(١) المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي - الإسكندرية - ١٩٨٨.

(٢) الشافعى محمد بشر قانون حقوق الإنسان - ذاتيته ومصادره - مقال منشور بالمجلد الثاني لحقوق الإنسان - المرجع السابق - ص ٤٦ وما بعدها.

JEAN RIVERO; libertés publiques. 1973, p.135.

(٣)

بناء على الصفة العسكرية سواء في المتهمين (العسكريين والمدنيين الملحقين العسكريين بشأن جرائم القانون العام بقيود معينة) أو في المجنى عليه أو في مكان وقوع الجريمة . وكذلك أيضا محكمة الأحداث طبقا لقانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ ، فإن اختصاصها يتحدد أصلا بصفة المتهم وهي كونه من الأطفال بالمعنى الذى حدده القانون المذكور.

وأساس هذا الاختصاص الخاص هو المصلحة العامة ؛ فالصفة العسكرية تجعل المحاكم العسكرية أكثر قدرة على نظر الجرائم ، وصفة الحدث تتطلب محكمة ذات تكوين خاص يفهم طبيعة الطفل .

٢٥٥- المحاكم الاستثنائية (غير العادية)

تشارك المحاكم الاستثنائية مع المحاكم ذات الاختصاص الخاص في أنها تختص بنظر جرائم من نوع معين أو محاكم فئة خاصة من المتهمين . ولكنها تختلف عنها في أنها محاكم مؤقتة بظروف معينة . ولا تنشأ عادة بالأداة التشريعية (القانون) التى تنشأ بها محاكم القانون العام . ولا تخضع لإجراءات المحاكمة العادية المقررة في هذه المحاكم . وتشكل عادة من غير القضاة . مثال ذلك في فرنسا المحاكم التى أنشأتها حكومة فيشى سنة ١٩٤٤ ، والمحاكم العسكرية التى أنشأتها أثناء حرب الجزائر^(١) .

ومن أمثلة هذه المحاكم في مصر المحكمة الخاصة التى أنشأها المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ سنة ١٩٥٢ في شأن جريمة الغدر، ومحكمة الثورة التى أنشئت بالأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة في ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ . والوجه الاستثنائي في هذا النوع من المحاكم واضح من طبيعة الظروف الاستثنائية التى أنشئت فيها وهى قيام ثورة ٢٣ يوليو

(١) وقد أنشئت محكمة عسكرية في فرنسا بالأمر الصادر في أول يونيو ١٩٦٢ ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى في ١٩ أكتوبر بعدم شرعية هذه المحكمة لمخالفتها للحقوق والضمانات الأساسية للدفاع . وقد اضطرت الحكومة إلى استصدار القانون رقم ٦٣ - ٢٣ في ١٥ يناير سنة ١٩٦٣ الذى نص على صحة الأمر الصادر بإنشاء هذه المحكمة بأثر رجعى . وقد ألغيت جميع المحاكم العسكرية الاستثنائية بعد استقلال الجزائر (٣ يوليو سنة ١٩٦٢) .
انظر:

سنة ١٩٥٢ ، فضلا عن الإجراءات غير العادية المتبعة أمامها سواء من حيث الاتهام أو التحقيق أو المحاكمة ، بالإضافة إلى الجرائم والعقوبات التي تختص بنظرها دون تقيد بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات^(١).

وهذه المحاكم لا تعتبر قضاء طبيعيا للمواطنين ، ومن ثم فلا يجوز إنشاؤها طبقا للشرعية الدستورية . وتعتبر محاكم أمن الدولة (طوارئ) التي تنشأ بمناسبة حالة الطوارئ محاكم استثنائية . ولا يجوز إنشاؤها إلا عند إعلان هذه الحالة فقط .

وقد أكد هذا الرأي ما نص عليه الإعلان العالمي لاستقلال القضاء في مونتريال سنة ١٩٨٣ من عدم جواز إنشاء أية محاكم مخصصة (استثنائية) لتحل محل القضاء بمعناه الحصري في المحاكم . وقد نصت دساتير بلجيكا ، واليونان ، وفنلندا على عدم جواز إنشاء أية محاكم استثنائية (المواد ٩٤ و ٩١ و ٦٠ على التوالي) ، كما يقضى الدستور الإيطالي في (المادة ١٠٢) منه بأنه «لا يجوز أن يعين قضاة استثنائيون أو قضاة خاصون» .

(١) ولهذا قضت محكمة النقض بأن إنشاء محكمة الثورة وتحديد اختصاصها بالأمرين الصادرين في ١٣ و ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ لم يصدر بها قانون أو لائحة ، بل صدرا على أنها عمل من أعمال السيادة العليا التي خص بها مجلس قيادة الثورة بمقتضى المادة الثامنة من الدستور المؤقت الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ ، ولذلك لم يتبع في شأنها ما يتبع في القوانين من نشر بالجريدة الرسمية . ورتبت محكمة النقض على ذلك أن الأحكام الصادرة بعقوبة جنائية من هذه المحكمة لا تسرى عليها أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ، لأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، ولأنه في مجال توقيع العقوبات لا يجوز التوسع في التفسير (نقض دائرة الأحوال الشخصية) في ٢٣ يونية سنة ١٩٩٥ في الطعن رقم ٣ لسنة ٢٥ قضائية .

وتختلف محكمة الثورة المنشأة طبقا للأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة في ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ عن محكمة الثورة المنشأة طبقا للقرار بقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٧ بإنشاء محكمة الثورة وتحديد اختصاصها ، إذ إن هذا القرار له قوة القانون وله تنظيم الموضوعات التي نص الدستور أن يكون تنظيمها ومنها ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها . وقد قضت المحكمة العليا (التي كانت لها سلطة الرقابة على دستورية القوانين) أنه متى كان لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٨ لسنة المطعون فيه - والذي صدر بناء على قانون التفويض - قوة القانون الصادر من السلطة التشريعية ، فإن لهذا القرار بقانون أن يتناول بالتنظيم الموضوعات التي عينها قانون التفويض الذي صدر بالاستناد إليه ولو كانت من الموضوعات التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون ، ويدخل في ذلك ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها ، ومن ثم ، فإن ما تنص عليه المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه من إنشاء محكمة الثورة وتعيين اختصاص لها لا يخالف المادة ١٥٣ من الدستور .

(المحكمة العليا في ٦ مارس سنة ١٩٧٦ في الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة العليا ج ١ ص ٣٤٦) .

٢٥٦- القضاء «السياسى»

إن نقطة البداية هى التأكيد على أن جميع الأفراد وجميع السلطات يخضعون للقانون، ولا يوجد أحد فوق القانون مهما علت سلطته أو ارتفع مقامه فى المجتمع . إلا أن هذا الأصل لا يحول دون الحرص عند تطبيق القانون على إقامة توازن بين كل من السلطة وتماسك المجتمع واستقراره . فإذا كان القائمون على السلطة خاضعين للقانون ، فما هو الضمان فى عدم تعريضهم للكيد من جانب الأفراد بسبب ممارسة سلطتهم؟ وفى الوقت ذاته ما هو الضمان للأفراد فى حسن ممارسة السلطة وعدم الانحراف بها فى مواجهة؟ لهذا جاءت فكرة القضاء السياسى للتوفيق بين هذين الاعتبارين . ويتحدد المقصود بالقضاء السياسى بالنظر إلى طبيعة الجرائم التى يختص بنظرها (وهو معيار مادى)، وإما بالنظر إلى ولايتها (وهو معيار شكلى)، وإما بالنظر إلى المعيارين معا . وفيما يأتى نحدد المراد بالقضاء السياسى وفقا للمعيارين المذكورين .

(أ) المعيار المادى :

وفقا لهذا المعيار يتميز القضاء «السياسى» من الناحية الوظيفية بطبيعة الجرائم التى يختص بنظرها، وهى بوجه عام الجرائم التى تمس نظام الدولة السياسى سواء تعلق بشكل الحكومة أو تنظيم السلطات العامة أو الحقوق والواجبات العامة للأفراد، وتتميز بأنها تثير لدى المحكمة موضوعات سياسية تتطلب تقديرا خاصا مما يتطلب إسنادها إلى محاكم ذات مستوى خاص . فلا يقصد بالقضاء السياسى أن أعضاءه من السياسيين، وإنما يقصد به القضاء الذى يحاكم جرائم تمس النظام السياسى للدولة ولو وقعت من الأفراد، أو يحاكم نوعا من المسؤولين السياسيين عما يقع من جرائم فى أثناء ممارسة وظائفهم .

وينقسم القضاء السياسى وفقا لهذا المعيار إلى نوعين : (الأول) ويختص بنظر الجرائم التى تقع من رجال السلطة اعتداء على نظام الدولة . ويعتبر هذا القضاء ضمانا للأفراد فى مواجهة انحراف السلطة . والمتهمون أمام هذا القضاء هم الحكام أنفسهم (رئيس الدولة والوزراء) لاتهامهم بارتكاب أفعال أو جرائم تكشف عن انحرافهم فى أداء وظائفهم . ونظرا لشخصية هؤلاء المتهمين والطبيعة الخاصة بمسئوليتهم الجنائية عن

الجرائم المسندة إليهم ، فقد اتجهت الدساتير إلى محاكمتهم أمام محكمة خاصة^(١).
(الثاني) يختص بنظر الجرائم التي تقع من الأفراد العاديين باعتداء على نظام الدولة
السياسي . ويعتبر هذا القضاء ضمانا للسلطة في مواجهة انحراف الأفراد . ونظرا
للطابع السياسي لهذه الجرائم ، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى أن تختص بنظرها
محكمة خاصة . ويتضح مما تقدم أن القضاء يكون سياسيا بالنظر إلى طبيعة الجرائم
التي ينظرها .

(ب) المعيار الشكلي

وفقا لهذا المعيار تتعدد نظم القضاء السياسي من حيث . ففي النظام الأول لهذا
القضاء تختص بالجرائم السياسية محكمة خاصة استثنائية تتميز عن المحاكم القضائية
العادية . وقد عرف هذا النظام في روما ثم في القانون الجرمانى . كما عرف في القانون

(١) ذهب البعض إلى أن مسئولية الوزراء ذات طابع سياسى ، بناء على خضوع السلطة التنفيذية لرقابة السلطة
التشريعية ، مما يفيد أن مسئوليتهم ليست إلا امتدادا ونتيجة لهذه الرقابة ، وخاصة أن السلطة التشريعية
هى صاحبة الحق في التقدير السياسى للأخطاء . ويرى البعض الآخر أن مسئولية الوزراء لها طابع مختلط ؛
سياسى وجنائى مما يؤثر على القواعد التى تحكم هذه المسئولية .

(Robert charvin, op. cit., p.258-265).

والواقع من الأمر ، فإن الطابع السياسى للمسئولية الجنائية للوزراء لا يغطى الطابع الجنائى والذى ينبعث
من كونها نتيجة لارتكابهم أفعالا يعاقب عليها قانون العقوبات . وخلافا لذلك ، فإن مسئولية رئيس الدولة
يغلب عليها الطابع السياسى . وقد نصت دساتير الجمهوريات الثالثة والرابعة والخامسة في فرنسا على أن
تقتصر مسئولية رئيس الجمهورية على حالة (الخيانة العظمى) . وقد خلا قانون العقوبات من تحديد
المضمون المادى لهذه الجريمة ، مما يؤكد الطابع السياسى للمسئولية عنها .

(Charvin, op. cit., p.259-265).

وقد نصت بعض الدساتير صراحة على عدم مسئولية رئيس الدولة إلا عن الخيانة العظمى مثل الدستور
الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ ، وقد قيل بأن كل تقصير جسيم من جانب رئيس الجمهورية في أداء
الواجبات المكلف بها يمكن اعتباره مكونا لجريمة الخيانة العظمى ، وهو ما يكشف عن الطابع السياسى
لهذه المسئولية في فرنسا .

(Pierre desmottes; De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire Paris,
1968, p.257).

وينعكس الطابع السياسى لهذه المسئولية على تشكيل المحكمة المختصة بمحاكمة رئيس الدولة ، وهو ما
يتوافر في أعضاء السلطة التشريعية . وتجهز بعض الدساتير محاكمة رئيس الدولة جنائيا عن الأفعال التى
يعاقب عليها قانون العقوبات بعد عزله بسبب مسئوليته السياسية ، كما هو الحال في الدستور الأمريكى
(المادة ٣/١) .

الفرنسي وظل مطبقا في العهود المظلمة للملكية الفرنسية والإقطاع الفرنسي حتى القرن الثاني عشر^(١). وقد التجأت الثورة الفرنسية إلى هذا النظام للتنكيل بخصوصها السياسيين فأنشأت محاكم استثنائية تعمل باسم السلطة ومن أجلها^(٢).

أما النظام الثاني للقضاء السياسي فإنه يميز بين الجرائم السياسية الجسيمة وغيرها من الجرائم السياسية غير الجسيمة فيجعل الأولى من اختصاص محاكم خاصة. ويترك الثانية لاختصاص المحاكم العادية. وفي هذا النظام لا تعتبر المحكمة الخاصة جزءا من السلطة القضائية، مما لا محل لبحث طبيعتها بين جهات القضاء. ومثال ذلك محكمة العدالة في فرنسا، والتي تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن جريمة الخيانة العظمى ومحاكمة الوزراء عما يقع من جرائم في أثناء ممارسة وظائفهم، فهي تتكون من ٢٤ قاضيا أصليا و ١٢ قاضيا أعضاء تنتخبهم الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ من بين أعضائها (المادة ٦٧). وكانت الجرائم الأخرى التي تقع من الأفراد اعتداء على أمن الدولة، تدخل في اختصاص محكمة خاصة هي محكمة أمن الدولة إلى أن ألغيت سنة ١٩٨٢^(٣).

(١) MICHEL - HENRY TABRE; Justice politique libérale et justice politique marxiste) Bib- liothèque, des centres d'études supérieures spécialisées, VII, la justice, p.150.

(٢) وقد أدى ذلك كما قال البعض إلى أن يصبح القضاء السياسي أداة للسلطة ينظر إلى المعارضة بوصفها ثورة، وإلى القضاة بوصفهم جنودا للسلطة، وإلى المتهمين بوصفهم أعداء وإلى الأحكام بوصفها معارك.

(Ropert Charvin, op. cit., p.368)

(٣) رفضت الحكومة الفرنسية اقتراحا بتعديل الدستور للنص على إنشاء محكمة أمن الدولة. ثم أصدرت قانونا بإنشاء هذه المحكمة في سنة ١٩٦٣. وعلى هذا النحو، فإن المحكمة المذكورة لها قيمة تشريعية بحتة في فرنسا. وكانت تعتبر نوعا من القضاء الطبيعي في فرنسا لأن مصدرها هو القانون، ولأنها تتميز بالديمقراطية ويغلب عليها التشكيل القضائي. وقد ألغيت هذه المحكمة بالقانون الصادر في ٤ أغسطس سنة ١٩٨١ ونقل اختصاصها إلى المحاكم العادية مع الإبقاء على محاكم دائمة للقوات المسلحة تختص بالخيانة العظمى والجاسوسية وغيرها من جرائم المساس بالدفاع الوطني إذا توافر خطر إفشاء أحد أسرار الدفاع الوطني، ثم ما لبث أن ألغيت هذه المحاكم بالقانون الصادر في ٢١ يوليو سنة ١٩٨٢.

(CHARVIN, op. cit., p.409).

وقد انتقد كثير من أعضاء البرلمان وبشدة فكرة إنشاء محكمة أمن الدولة وإجراءاتها فقد رأوا فيها وسيلة يمكن أن تستخدمها الحكومة للتقليل - بطريقة حسنة - من المعارضة السياسية وادعوا أن السلطة القضائية الجديدة سوف تجهز على النتائج التي أتى بها قرن من الجهود ومن النضال المتواصل من أجل حماية وتدعيم الحريات الفردية. وعلى عكس ذلك أكد وزير العدل للجمعية الوطنية أن النصوص المقترحة إنما هي مجموعة الأحكام التي تمنح - إلى حد كبير - من التقليد الفرنسي المتحرر وذهب المؤيدون للحكومة إلى القول بأن السلطة القضائية أو المحكمة الجديدة إنما هي محكمة للقانون العام.

وكذلك الشأن في إنجلترا، فإن مجلس اللوردات ينعقد كمحكمة عليا للنظر في الجرائم التي يحيلها عليه مجلس العموم .

وبالنسبة إلى النظام الثالث للقضاء السياسى ، فإن جميع الجرائم السياسية على اختلاف جسامتها تدخل في اختصاص المحاكم العادية . وهذا هو النظام المطبق في الدولة الأنجلوسكسونية . وكان يطبقه أيضا الاتحاد السوفيتى مع ملاحظة أن التنظيم القضائى السوفيتى كان يتميز بالطابع السياسى^(١) .

وفي مصر اقتضت ظروف ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ إنشاء محاكم استثنائية هي محكمة الثورة^(٢) ومحكمة الغدر^(٣) . ثم أصبحت محاكم أمن الدولة العليا التى تنشأ بمناسبة إعلان حالة الطوارئ تختص أيضا بنظر الجرائم التى تقع من الأفراد وهى محاكم موقوتة بهذه الحالة . وفي سنة ١٩٦٧ أعيد إنشاء محكمة الثورة بالقرار بقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٦٧ للنظر فيما يحيله عليه رئيس الجمهورية من الدعاوى المتعلقة بارتكاب جرائم ذات طابع سياسى^(٤) ، إلى أن جاء الدستور الجديد فى سبتمبر سنة ١٩٧١ فأضفى قيمة دستورية على الطابع القضائى للمحاكم التى نظر جرائم المساس بأمن الدولة ، إذ نص فى الفصل الخاص بالسلطة القضائية على أن ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها (المادة ١٧) . وعلى هذا النحو فإن محاكم أمن الدولة (الدائمة) أصبحت جزءا من السلطة القضائية بنص الدستور، وقد أنشأ المشرع المصرى هذه المحاكم بمقتضى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ . وبمقتضى المادة الأولى من هذا القانون يجوز أن يضم إلى عضوية هذه المحكمة عضوا من ضباط القوات المسلحة بالقضاء العسكرى برتبة

= انظر :

Vitu, Une nouvelle juridiction d'exception, la cour de sûreté l'Etat, Rev. Sc. crim. 1964, p.1.

ونتيجة للانتقادات التى تعرضت لها هذه المحكمة فقد تم إلغاؤها عام ١٩٨١ ، بعد فوز الحزب الاشتراكى فى الانتخابات وتولى الرئيس فرنسوا ميتران السلطة . وقد كان إلغاء هذه المحكمة ضمن البرنامج الانتخابى لهذا الحزب .

MICHEL - HENRY TABRE, op. cit., p.155.

(١)

(٢) أنشئت طبقا للأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة بتاريخ ١٣ سبتمبر ١٩٥٣ .

(٣) أنشئت طبقا للمرسوم بقانون رقم ٣٤٤ سنة ١٩٥٢ .

(٤) وقد حددت بأنها هى الجرائم المنصوص عليها فى الكتاب الثانى من قانون العقوبات أو فى قانون الأحكام العسكرية أو أية جريمة تمس سلامة الدولة داخليا أو خارجيا أيا كان القانون الذى ينص عليها وكذلك الأفعال التى تعتبر ضد المبادئ التى قامت عليها الثورة . انظر ما تقدم بند ٢٤٩ .

عميد على الأقل ، وقد أجاز القانون الطعن في أحكامها أمام محكمة النقض ، أما محكمة أمن الدولة الجزئية فتشكل من قاض ويجوز الطعن في أحكامها كالشأن بالنسبة لمحاكم الجرح الجزئية العادية^(١).

٢٥٧- النظام الإجرائي لمحاكمة الوزراء

يدق البحث حول النظام الإجرائي لمحاكمة الوزراء عما يرتكبون من جرائم في أثناء تأدية وظيفتهم .

وإذا نظرنا إلى فرنسا نجد أنه منذ عهد الجمهورية الثالثة (١٨٧٥ - ١٩٤٠) تحدد النظام الإجرائي لمحاكمة الوزراء وفقا لدعامتين : (الأولى) هي الاتهام ، ويباشره مجلس النواب . (الثانية) هي المحاكمة ، ويباشرها مجلس الشيوخ الذى ينعقد بوصفه محكمة عليا للعدالة . إلا أن محاكمة الوزراء لم تنعقد فقط أمام هذه المحكمة ، بل أجاز للنسبة العامة توجيه الاتهام للوزراء أمام المحاكم العادية^(٢) . وفى عهد الجمهورية الرابعة الذى بدأ بدستور ١٩٤٦ تم العدول عن صيغة اعتبار مجلس الشيوخ محكمة عليا ، وشكلت هذه المحكمة من أعضاء منتخبين من البرلمان ، واقتصرت سلطة الاتهام على البرلمان وحده . وتقرر اعتبار هذه المحكمة الجهة الوحيدة المختصة بمحاكمة أعضاء الحكومة عما ينسب إليهم من جنایات أو تهمة^(٣) . وفى الجمهورية الخامسة التى بدأت منذ دستور ١٩٥٨ شكلت المحكمة العليا للعدالة من عدد متساوٍ من أعضاء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ منتخبين من المجلسين ، وتختص هذه المحكمة وحدها دون غيرها بمحاكمة أعضاء الحكومة عن الجنایات والجرح التى تقع منهم فى أثناء ممارستهم وظيفتهم . إلا أن توجيه الاتهام إليهم يكون بقرار صادر من المجلسين معا . إلا أنه

(١) نادينا قبل إنشاء محاكم أمن الدولة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ ، بأنه يجب على المشرع عند إنشائها الالتزام بالإجراءات المتبعة فى المحاكم القضائية ، وخاصة فيما يتعلق بتشكيلها القضائي البحث وطرق الطعن فى أحكامها . (الشرعية والإجراءات الجنائية - طبعة سنة ١٩٧٧ ص ٢١٢) .

(٢) وقد لاحظ العميد جورج فيدل أن فكرة القضاء السياسى تجلت بوضوح فى هذا النظام ، إذ نظرت هذه المحكمة أفعالا لا تخضع لوصف التجريم فى قانون العقوبات ، وطبقت عقوبات لم ترد فى هذا القانون .

(G. Vedel; La poursuite des infractions commises par les ministres endroit Français, centre d'études constitutionnelles et administratives, La responsabilité pénale des ministres Fédéraux, communautaires et Régionaux, Bruylant, 1997, p. 32).

G. Vedel, op. cit., p. 34.

لوحظ صعوبة توافر النصاب الكافي الذى يسمح بتوجيه الاتهام فى هذه الحالة ، مما يؤدى إلى سريان ميعاد التقادم على الدعوى الجنائية ، ولهذا تم تعديل الدستور الفرنسى سنة ١٩٩٣ وعُدل عن تسييس قرار الاتهام ، وأسند الاختصاص بفحص ما يرد ضد الوزراء من شكاوى إلى لجنة تسمى بلجنة العرائض ، تتكون من سبعة أعضاء : ثلاثة أعضاء من محكمة النقض ، وعضوين من مجلس الدولة ، وعضوين من هيئة المحاسبات . وتختص هذه اللجنة بفحص كافة ما يرد من شكاوى ضد الوزراء وتقييم ما يترتب على هذا الفحص من إجراءات . فإذا رأت جدية الشكاوى أحالتها إلى النائب العام لدى محكمة النقض لى يوجه الاتهام بشأنها ، وذلك بإحالتها إلى «لجنة التحقيق» التى تشكل من قضاة ، وتبت هذه اللجنة فى موضوع الإحالة إلى محكمة العدل العليا . وللنائب العام لدى محكمة النقض من تلقاء نفسه أن يطلب التحقيق من هذه اللجنة دون حاجة إلى إحالة الطلب إليه من لجنة العرائض ، إلا أنه فى هذه الحالة يلتزم بالحصول على إذن مسبق من هذه اللجنة .

ووفقا لما تقدم يلاحظ أنه منذ التعديل الدستورى سنة ١٩٩٣ لم يصبح اتهام الوزراء فى أيدي البرلمان (سواء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ ولا أية جهة سياسية أخرى) ، إلا أن مرحلة الحكم بقيت فى أيدي البرلمان من خلال المحكمة العليا للعدالة ، والمشكلة غالبيتها من أعضاء البرلمان^(١) .

وفى إيطاليا ، مر القضاء السياسى بثلاثة مراحل ؛ ففى المرحلة الأولى (١٨٦١ - ١٩٤٣) كان اتهام الوزراء حقا لمجلس النواب ، وكانت المحاكمة من اختصاص مجلس الشيوخ وحده دون المحاكم العادية . وفى المرحلة الثانية (١٩٤٨ - ١٩٨٩) كان الاتهام بيد أعضاء البرلمان ، يقررونه فى جلسة مشتركة (من مجلسى النواب والشيوخ) وكانت المحاكمة تتم أمام المحكمة الدستورية بهيئة خاصة تتكون من أعضاء المحكمة الخمسة عشر بالإضافة إلى ستة عشر عضوا ينتخبهم البرلمان فى جلسته المشتركة من بين الأفراد الذين تتوافر فيهم شروط الترشيح لعضوية مجلس الشيوخ . وفى المرحلة الثالثة (التي بدأت عام ١٩٨٩) اقتصر اختصاص المحكمة الدستورية على نظر الاتهامات الموجهة

(١) وقد لوحظ أن التعديل الدستورى لسنة ١٩٩٣ قد اختار حلا توفيقيا ، بالنظر إلى أن رجال السياسة كانوا يأملون فى دور أكبر فى مرحلة الاتهام وأن رجال القضاء كانوا يأملون فى دور أكبر فى مرحلة الحكم . ولوحظ أيضا أنه وفقا للبروتوكول السابع الذى أضيف إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، فإن قرارات لجنة التحقيق ، وكذا أحكام المحكمة العليا للعدالة ، يمكن أن تكون محال للتعطيل بالنقض .

G. Vedel, op. cit., p. 37.

إلى رئيس الجمهورية، دون الاتهامات الموجهة للوزراء، فقد أصبحت المحاكمة عنها من اختصاص القضاء العادى. وأنشئ جهاز قضائى يختص بالإذن بتوجيه الاتهام، ولهذا الجهاز أن يرفض الإذن بالمحاكمة إذا تبين أن المتهم قد سلك مسلكه بقصد حماية مصلحة دستورية للدولة أو من خلال تحقيق مصلحة عامة عليا فى أثناء ممارسته وظيفته الحكومية. وعلى هذا النحو أصبح العمل من أجل الدولة «Raison d'Etat» سببا يحول دون المحاكمة؛ مما مؤداه أن رفض توجيه الإذن بالمحاكمة يعنى استبعاد وقوع الجريمة فى حق الوزير المتهم^(١).

وفى مصر كان القرار بقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٥٨ بإصدار قانون محاكمة الوزراء فى (الإقليمين المصرى والسورى) (فى زمن الوحدة) يسند الاختصاص بمحاكمة الوزراء إلى محكمة قضائية تشكل من بعض مستشارى محكمة النقض فى مصر وبعض مستشارى محكمة التمييز فى سوريا. وقد سقط النص الخاص بتشكيل هذه المحكمة بانتهاء الوحدة بين مصر وسوريا. ولهذا فإن محاكم القانون العام هى صاحبة الولاية لمحاكمة جميع المتهمين مهما كانت صفاتهم عن الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات، ولا يحول دون ذلك أن الدستور قد جعل محاكمة الوزراء عن الجرائم التى تقع منهم أثناء تأدية أعمال وظيفتهم أو بسببها أمام محكمة خاصة. وذلك لأن مناط حجب اختصاص محاكم القانون العام عن بعض الجرائم يكون عند تحديد المحكمة التى نقل إليها وحدها هذا الاختصاص المحجوب، وهو ما يتوقف على إنشائها قانونا. أما قبل ذلك فإن ولاية هذه المحاكم تمتد إلى الناس جميعا تطبيقا لمبدأ المساواة أمام القانون. وفى هذه الحالة يجوز للنياحة العامة حق تحريك الدعوى الجنائية على الوزراء أمام المحاكم الجنائية العادية ولو عن جرائم وقعت فى أثناء تأدية وظيفتهم. فالمادة ١/٥٩ من الدستور قد أعطت لرئيس الجمهورية ولمجلس الشعب حق إحالة الوزير إلى المحاكمة عما يقع منه من جرائم فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ولكنها لم تجعل هذه الإحالة مقصورة عليهما فقط. وخلافا لذلك كانت المادة ٦٦ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٢٣ تنص على أن لمجلس النواب (وحده) حق اتهام الوزراء عما يقع منهم من الجرائم فى تأدية وظائفهم وحينئذ لم تكن النياحة العامة تملك أى اختصاص فى هذا الشأن لا أمام

(١) Alessandro Pizzorusso; La procédure pénale pour infractions des ministres en droit Itai-
 ens, Centre d'études constitutionnelles et administratives, La responsabilité pénale des
 ministres Fédéraux, communautaires et Régionaux, Bruylant, 1997, pp. 46, 47.

المحاكم العادية ولا أمام مجلس الأحكام المخصوص الذى كان هو الجهة المختصة بمحاكمة الوزراء^(١).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قانون محاكمة الوزراء رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ أو أى تشريع آخر قد جاء خلواً من أى نص بإفراد المحكمة العليا دون غيرها بالاختصاص ولائياً بنظر الجرائم التى يرتكبها الوزراء أثناء تأدية وظيفتهم أو بسببها، وأن محاكمة الوزير عما يقع منه من جرائم سواء تلك التى نص عليها القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ أو غيرها تختص بها أصلاً المحاكم العادية بحسبانها صاحبة الولاية العامة، أما المحكمة الخاصة التى نص عليها القانون سالف الذكر، فإنها تشاركها فى اختصاصها دون أن تسلبها إياه^(٢). وقد قضت محكمة النقض بأن «لفظ الوزير الوارد فى المادة الأولى من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨، إنما ينصرف لغة ودلالة إلى من يشغل منصب وزير بالفعل بحسبانته عضواً فى التنظيم السياسى الذى يتكون منه مجلس الوزراء»^(٣)، مما مؤداه أن الموظف العام الذى تكون معاملته المالية مماثلة للمعاملة المقررة للوزير لا يخضع لإجراءات محاكمة الوزراء^(٤). والعبرة فى تحديد وصف الوزير بوقت ارتكابه الجريمة^(٥).

ونرى وجوب تعديل القانون لكى تكون المحكمة الخاصة بمحاكمة الوزراء مختصة وحدها دون غيرها بمحاكمتهم تقديرًا للطابع الخاص بمسئوليتهم والذى يجمع بين الطابع الجنائى والطابع السياسى.

وفى هذا المعنى قضت محكمة الثورة فى مصر بأنه إذا كانت (المادة ١٤١) من دستور سنة ١٩٦٤ قد فوضت المشرع فى تعيين الهيئة المختصة بمحاكمة الوزراء، فإنها لم توجب إجراء المحاكمة أمام هيئة واحدة بذاتها بحيث يكون الاختصاص مقصوراً عليها دون سواها، أى أن الدستور قد أطلق للمشرع سلطة تعيين هذه الهيئة ولم يقيّد سلطته فى هذا الصدد.

(١) على زكى العرابى، المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية، ج ١ طبعة ١٩٤٠ رقم ٧٨ ص ٦٣.

(٢) نقض ٢١ يونية سنة ١٩٧٩ مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ١٥٣ ص ٧٢٢.

(٣) GARRAUD, op. cit., T.3, No.944.

(٤) نقض ٢١ يونية سنة ١٩٧٩ سالف الذكر.

(٥) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٨ بند ٧٧٤، ص ٦٨٨.

الباب الثالث

المحاكمة المنصفة

الفصل الأول

نظام المحاكمة المنصفة

٢٥٨-تمهيد

أكدت المحكمة الدستورية العليا أن قواعد ضوابط المحاكمة المنصفة، نظام متكامل يتوخى بأسسه صون كرامة الإنسان، وحماية حقوقه الأساسية، وبحول بضائنه دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها، ولضمان تقييد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها في مجال فرض العقوبة بالأغراض النهائية للسياسة العقابية التي ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفا مقصودا لذاته - وجوب التزام هذه القواعد بمجموعة من القيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها، ويندرج تحتها أصل البراءة التي حرص الدستور على إبرازها في المادة ٦٧ منه^(١). ويتقيد القاضى باتباع هذه الضمانات في كل ما يتخذه من إجراءات. وتتوقف مشروعية أعماله على هذا المسلك.

وإذا كان القاضى في سبيل تحقيق العدالة الجنائية مكلفا بالوصول إلى الحقيقة لضمان تطبيق قانون العقوبات وتعويض المضرور من الجريمة، فإنه لا يجوز أن يسعى إلى

(١) دستورية عليا في ٢ فبراير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني) قاعدة رقم ٢١ ص ١٦٥.

الوصول إلى هذه الحقيقة إلا من خلال إجراءات قانونية (منصفة) . والقاضى فى إدارته للدليل أو فى تقديره لقبول الدليل مقيد بمراعاة ما تتطلبه هذه المحاكمة من ضمانات . ومن هنا يتضح أن نظام المحاكمة المنصفة يعتمد على دعائمتين : (الأولى) تتصل بالهدف من المحاكمة . (الثانية) تتصل بالضمانات التى تجعل المحاكمة منصفة .

٢٥٩- الهدف من المحاكمة المنصفة

أ- أهمية كشف حقيقة الواقعة : يتوقف إقرار حق الدولة فى العقاب على ثبوت وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم . وهنا تكمن أهم صعوبة فى عمل القاضى ، فليس صحيحاً أن القاعدة القانونية وحدها هى التى تتحكم فى تحديد مضمون حكم القاضى ، بل يلعب استخلاص الوقائع دوراً مهماً وأساسياً فى تحديد هذا المضمون^(١) . وتسهم إجراءات المحاكمة بدور مهم فى هذا الاستخلاص . ولذلك لا بد وأن يتوخى التنظيم الإجرائى كشف واقعة الدعوى بمعناها المادى الواقعى (La verité matérielle) ويتحقق ذلك من خلال إجراءات الإثبات المختلفة التى تهيئ جمع الدليل . ويختلف نطاق هذه الإجراءات باختلاف مضمون حق الدولة فى العقاب . ففى النظام التقليدى الذى ينحصر فيه مضمون هذه السلطة على معنى الإيلام المقصود دون اعتبار لشخصية الجانى عند تقدير العقوبة فإن إجراءات الإثبات لا تتوخى غير كشف حقيقة الجريمة فقط .

أما فى النظام الحديث على اختلاف اتجاهاته ، فإن مضمون حق العقاب يرتبط بشخصية المجرم ، ولذلك فإن الحقيقة المطلوب إثباتها ليست مجرد حقيقة الجريمة وإنما الحقيقة الإجرامية (la verité criminologique) ، فبقدر هذه الحقيقة سوف تتحدد الشخصية الإجرامية الاجتماعية ، ونوع الجزاء الجانى على والمعاملة العقابية الملائمين لها .

ب- المقصود بحقيقة الواقعة : تتضاعف أهمية كشف الحقيقة فى الخصومة الجنائية بالنظر إلى تعلقها بحق العقاب وهو أمر يمس حرية المتهم ، ولذلك فإن القاضى

(١) قال سانت توماس الإكويني (Saint-thomas d'Aquin) إنه إذا كان من الممكن التعرف على القواعد القانونية بوجه عام ، فإنه أكثر صعوبة التعرف على موضوع القضية ، لأن العمل القضائى الأكثر فى عدم تحديده يشمل الوقائع .

انظر : C. Jauffret-Spinosi, L'élaboration de la décision de justice-présentation (Juges et jugements: L'europe- L'elaboration de la décision de justice en droit comparé, Paris, 1998, p. 11.

الجنائي يجب أن يصل إلى معرفة الحقيقة ، دون الاكتفاء بما يقدمه الخصوم من أدلة ، بل عليه أن يقوم بدور إيجابي في جمع الدليل وفحصه وتقديره ، على أن القاضي لا يهيم في فراغ عند البحث عن الحقيقة ، بل يبحث عنها في إطار النموذج القانوني للجريمة والمسئولية الجنائية عنها . ولا يجوز للقاضي في هذا المقام الاقتصاد في جمع الدليل بهدف الإسراع في المحاكمة ، لأن ذلك ربما يحول دون إنارة الطريق أمامه للوصول إلى الحقيقة . على أن فاعلية العدالة الجنائية بالوصول إلى الحقيقة لا تسمح له باتباع إجراءات تحمي ضمانات هذه الفاعلية بغير احترام ضمانات حق المتهم في الحرية . وبغير احترام ضمانات الأدلة التي يجمعها أو تعرض عليه لا تكون صالحة في كشف الحقيقة ما لم يكن تحصيلها ثمرة إجراءات مشروعة .

والحقيقة المقصودة هنا هي الحقيقة الحققة "verité vraie" ، وليست الحقيقة النسبية أو المفترضة . وذلك لأن الحقيقة التي تنتهي بالإدانة يجب أن تبنى على اقتناع يقيني بصحة ما تنبئ عليه من وقائع . فالحقيقة لا يمكن توافرها إلا باليقين التام لا بمجرد الظن والاحتمال^(١) . وبعبارة أخرى ، فإن اليقين هو مناط الحقيقة القضائية ، وهو الذي يولد في الوقت ذاته الثقة في حكم القضاء . واليقين القضائي ليس هو اليقين الشخصي للقاضي وحده ، بل هو اليقين الذي يفرض نفسه على القاضي وعلى جميع من يتطلعون بالعقل والمنطق إلى أدلة الدعوى . فيجب أن تخرج الحقيقة التي تلوح في ذهن القاضي لكي تنتشر في ضمير الجميع ، وهو ما لا يتيسر إلا إذا كان استخلاصها منطقيا . فالعدالة الجنائية هي العدالة التي تتجه إلى أن يؤمن بها الجميع .

ويستوى في الحقيقة أن تكون في صالح الاتهام أو في صالح المتهم ، ولذلك فإن إجراءات الكشف عن الحقيقة لا ينبغي أن تتوخى إثبات الإدانة ، بقدر ما يجب أن تتسم بالموضوعية . فإذا لم تتوافر الحقيقة التي تنتهي بالإدانة أصبحنا حيال الحقيقة التي يولدها الأصل العام المبني على قرينة براءة المتهم .

جـ - كيفية الوصول إلى الحقيقة : يتعين التمييز بين أمرين هما : قبول الدليل وإدارة الدليل :

j. Pradel; les rapports entre l'organisation judiciaire et la procédure pénale en France, Re- (١) vue international de droit pénale, 1989 p. 801.

- بالنسبة إلى قبول الدليل ، فإنه يتراوح بين نظامين هما نظام الأدلة القانونية ونظام حرية الاقتناع . أما عن نظام الأدلة القانونية ، فقد عرف في عهد الإمبراطورية الرومانية وفي القرون الوسطى بأوروبا وأخذ به القانون الفرنسي القديم . ولا يقود هذا النظام إلى الحقيقة المطلقة الواقعية لأنه يحكم اقتناع القاضى بأدلة قانونية يحددها المشرع سلفا . فلا يتم الاقتناع بحرية في عملية منطقية ، وإنما يصل القاضى إلى الاقتناع من خلال عملية رياضية تتوقف على قواعد محددة يرسمها المشرع ^(١) . فليس للقاضى أن يبحث في غير الأدلة التى يسمح بها القانون . ولا يجوز له عند توافر هذه الأدلة تجاهل قيمتها أو تقدير حجيتها ، بل إن دوره في هذه الحالة يتمثل في مجرد التحقق من قيام الأدلة ومراقبة توافرها بشروطها القانونية لكي يقرر بعد ذلك اقتناعه أو عدم اقتناعه في ضوء توافر الأدلة بشروطها القانونية أو عدم توافر هذه الأدلة أو شروطها . وليس للاقتناع الشخصى أى دور في تقييم هذا الدليل ^(٢) . وهذا النظام فاسد لأنه لا يكشف الحقيقة المطلقة الواقعية المتعلقة بالجريمة ولا الحقيقة الإجرامية المتعلقة بشخص مرتكبها .

أما نظام حرية القاضى في الاقتناع ، فإن القاضى يقدر بحرية قيمة الدليل ، ولا يملى عليه المشرع أية حجية معينة للدليل ولا يقيد به الاقتناع إلا من خلال أدلة محددة ، بل على القاضى أن يبحث عن الأدلة اللازمة ثم يقدرها في حرية تامة . على أن هذا التقدير الحر يجب ألا يصل إلى حد التحكم الكامل ، فاقتناع القاضى يجب أن يخضع دائما للعقل والمنطق . ولا يمكن ولا يجوز أن يعنى مبدأ الاقتناع الذاتى للقاضى أكثر من ذلك .

ولا يصح أن يكون معناه إطلاق حرية القاضى في أن يحل محل أدلة الإثبات تخميناته ومحض تصورات الشخصية مهما كانت وجاهتها . فإن حرية التثبت أمر يختلف عن التحكم . فالتثبت الحر يعنى أن القاضى حر في تقييم أدلة الإثبات دون قيد غير واجبه القضائى ، وليس معناه أن يقضى بما يشاء فهذا هو التحكم بعينه . وبهذا النظام الثانى أخذ القانون المصرى ، فنص في (المادة ٣٠٢) إجراءات على أن : «يحكم القاضى

(١) انظر نقض أول مارس سنة ١٩٦٥ ، ٢٨ يولية سنة ١٩٦٥ ، ١٩ أكتوبر سنة ١٩٦٥ ، ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ٣٩ ، ١٢٧ ، ١٥٩ ، ص ١٧٩ ، ٧٢٤ ، ٨٣٣ . وقد قضت محكمة النقض بأن الإدانة بناء على مجرد الشك في صحة الدفاع تتنافى مع ما يجب من عدم إقامة الإدانة إلا على أساس يقينى (نقض ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد ج ٦ رقم ٤٥٦ ص ٥٩٣) .

(٢) انظر : ALY RACHED; De l'intime conviction du juge, thèse, Paris, 1942, pp. 23 et s.

في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته . وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض بقولها بأن لمحكمة الموضوع « أن تستخلص صورة الواقعة كما ارتسمت في وجدانها بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية مادام ذلك سليما متفقا مع حكم العقل والمنطق »^(١).

وقد أخذ بذلك أيضا القانون الفرنسي (المادة ٤٢٧ إجراءات) والقانون البلجيكي (المادة ١٥٤) من قانون تحقيق الجنايات ، والقانون الإيطالي (المادة ١٨٩ إجراءات) . وهناك تشريعات حددت قائمة بالأدلة مثل القانون الهولندي (المادة ٣٣٩) والقانون الألماني (المواد ٤٨ و ٧١ و ٧٢ و ٨٦ و ٩٢ و ٨٥ و ٢٤٩ و ٢٥٦) ، إلا أن القضاء استقر على حرية القاضي في جمع الدليل وتقديره^(٢) . على أن حرية القاضي في الاقتناع مقيدة باحترام شروط شرعية الدليل ، فلا يقبل الدليل الذي يكون ثمرة إجراء غير مشروع . وقد أوضحت الحلقة التمهيدية للمؤتمر الدولي الخامس عشر لقانون العقوبات المنعقدة بإسبانيا في مايو سنة ١٩٩٢ عن حركة تطوير التشريعات الإجرائية وحماية حقوق الإنسان بأن سائر الأدلة التي تجمع بالمخالفة لحق أساسي تعتبر باطلة ولا يجوز الاعتماد عليها في أية حالة كانت عليها الإجراءات .

- وبالنسبة إلى إدارة الدليل ، فإنها تتوقف على تحديد كيفية مباشرة الإجراءات المؤدية إلى الدليل سواء كان دليلا قوليا (مثل سؤال المتهم أو استجوابه ، وشهادة الشهود) ، أو دليلا ماديا يتمثل في القرائن التي تستخلص معنى مجهولا من شيء معلوم (مثل المعاينة والتفتيش وتسجيل المحادثات الشخصية ومراقبة المكالمات التليفونية وضبط المراسلات) ، أو دليلا فنيا يحدد المدلول الفني لبعض القرائن (أى الخبرة) فيكشف مثلا ما إذا كان الشيء المضبوط يعتبر مخدرا ، أو يحدد نوع فصيلة الدم ، أو مدى تطابق بصمة المتهم مع البصمة المضبوطة في مكان الحادث . وفي هذا الصدد فإن مباشرة الإجراءات الجنائية تتوقف على النظام الإجرائي الجنائي ، والذي يتراوح ما بين نظام التحري والتنقيب ، والنظام الاتهامي ، ففي النظام الأول تتولى جهة التحقيق جمع الأدلة

(١) قضاء مستقر لمحكمة النقض المصرية نقض ٧ مارس سنة ١٩٩٦ مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ٥٣ ص ٢٢٦ ، ٥ يونيو سنة ١٩٦٧ ص ١٨ رقم ١٥٥ ص ٧٧١ . ونقض فرنسي مثاله .

Crim., 18 Mars, 1956, bull. No. 83

J. Pradel, Rapport général, Revue inter, de droit pénal, 1992, p. 18 et 19.

(٢)

بنفسها بعيدا عن الخصوم ، بينما في النظام الثانى يتولى الخصوم أنفسهم تقديم الدليل .
وبجانب هذين النظامين يوجد النظام المختلط والذي يجمع بين النظامين فيكون جمع
الأدلة بواسطة جهة التحقيق وقاضى الحكم ، بالإضافة إلى الخصوم الذين يحق لهم
تقديم ما يشاءون من الأدلة .

د - استخلاص حقيقة الواقعة : إذا لم تكن هناك غير حقيقة واحدة بالنسبة إلى
القانون ، فإن تحديد حقيقة الواقعة يتوقف على عدة عناصر ، منها النظام الإجرائى الذى
يحكم جمع الدليل أو إدارته ، والتكوين المهني للقضاة وتأثيره في استيعاب الوقائع
واستخلاصهم ، والمنطق القانوني الذى يأخذ به القاضى والذي قد يختلف من نظام
قانوني إلى آخر ، بالإضافة إلى الانتماء الحضارى والثقافى للقاضى . فما القاضى إلا
شخص يملك معرفة وثقافة قانونيتين وإنسانيتين ، ويعتق قيميا معينة في ضوء الحضارة
التي ينتمى إليها . ومن هنا ، يكمن سبب اختلاف القضاة في استخلاص الوقائع
وتقدير اليقين القضائي . ويبدو هذا الاختلاف بوضوح في النظم القانونية المختلفة التي
تختلف في نظمها الإجرائية وفي جذورها الحضارية^(١) .

٢٦٠ - خصائص الضمانات في المحاكمة المنصفة

إذا نظرنا إلى الدستور الأمريكى ، نجد أنه قد عبر عن هذه الضمانات بشرط الوسائل
القانونية "Due Process" . وقد نص على هذا الشرط التعديل الرابع عشر للدستور
الأمريكى ، وهو ما يوفر شرط المحاكمة القانونية أو المنصفة . وقد انحصر الجدل حول
ما إذا كان هذا التعديل الدستوري ينصرف إلى جميع ضمانات حقوق الإنسان أم يقتصر
على جانب منها فقط^(٢) .

وقد ذهب الاتجاه التقليدى للمحكمة العليا منذ القرن التاسع عشر إلى أن بعض
الحقوق (الأساسية) للحرية والعدالة ، هي وحدها الحقوق اللازمة للمحاكمة المنصفة
(fair trial) وهي التي تتمتع بالقيمة الدستورية . وتأكد هذا الاتجاه في القرن العشرين
على يد القضاة (Cardozo, Franafurter, Harlan, Powell) . على أنه اعتبارا من

Camille Jauffret-Spinosi, op. cit., pp. 13, 14.

(١) انظر:

Gerald Gunther, Individual rights in constitutional law, 5 édition, 1992, p.82 - 92.

(٢)

سنة ١٩٤٠ ظهر اتجاه معاكس تزعمه القاضى بلاك الذى أصر على أن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى يحمى جميع الضمانات الخاصة بإعلان الحقوق (The Bill of Rights)، وانتقد غموض اصطلاح القانون الطبيعى الذى استند إليه أغلبية قضاة المحكمة لحماية بعض الحقوق الأساسية للفرد وليس كلها. واستمر الخلاف بين الاتجاهين إلى أن حسمت أغلبية قضاة المحكمة العليا الأمريكية الأمر واعتنقت معيار (الحقوق الأساسية) الذى أدمج معظم الحقوق الواردة فى الإعلان الأمريكى لحقوق الإنسان فى نطاق الحماية الدستورية التى قررها التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى، ورفض اتجاه القاضى بلاك إلى دمج كل هذه الحقوق فى إطار الحماية الدستورية.

والواقع أن المحكمة العليا الأمريكية قد أخذت بمعيار حقوق الإنسان، فى تحديد المقصود بالحقوق الأساسية. إلا أن التطبيق العملى أدى إلى تقريب الخلاف بين الاتجاهين، فقد تبينت المحكمة العليا الأمريكية أن كل الحقوق الواردة فى إعلان حقوق الإنسان - الأمريكية - تعتبر فى الغالب من (الحقوق الأساسية) وتتمتع بالحماية الدستورية. وهى نتيجة توصلت إليها المحكمة بالتطبيق على كل حالة بمفردها دون اللجوء إلى أسلوب التعميم الذى كان قد نادى به القاضى بلاك^(١). وهذه النتيجة لها أبعادها المهمة، لأن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى ترجع أهميته إلى سريانه على جميع الولايات الأمريكية ولا يقتصر على النطاق الفيدرالى وحده. وقد استخدمت المحكمة العليا عدة معايير لمعرفة ما إذا كان الحق الذى يعتبر احترامه فى إطار شرط الوسائل القانونية Due Process الذى يحميه التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى أو لا، وانصرف الاتجاه إلى الأخذ بمعيار (المبادئ الأساسية للحرية والعدالة التى تعتبر أساسا لكل المؤسسات المدنية والسياسية)^(٢).

وفى فرنسا استقر المجلس الدستورى الفرنسى اعتبارا من عام ١٩٧٠ على أنه يعتبر

(١) قضت المحكمة العليا سنة ١٩٠٨ فى قضية Twening V. New jersey (211 U.S. 78) أنه من الممكن أن بعض الحقوق الشخصية التى تحميها التعديلات الثانية الأولى للدستور الأمريكى لها طبيعة تجعلها محمية أيضا تحت شرط الوسائل القانونية Due Process الذى نص عليه التعديل الرابع عشر للدستور، فتسرى بذلك على الولايات الأمريكية.

Duncsn V. louisiana, 391 US. 145 (1968).

(٢)

مندجاً في الدستور الفرنسي مجموعة المبادئ العامة التي تتضمنها النصوص المشار إليها في ديباجة الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٨ (إعلان حقوق الإنسان سنة ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦ التي أشارت إلى المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية). وقصد بهذه المبادئ الحقوق والحريات التي تؤكد القواعد العامة^(١). وبهذا اعتنق المجلس الدستوري معياراً موسعاً للقواعد التي يرجع إليها لاعتبار النصوص التشريعية مخالفة للدستور^(٢) في مقام تحديد مدلول الحرية الشخصية.

ومن خلال هذا المعيار الواسع، استطاع المجلس الدستوري أن يستخلص ضمانات المحاكمة القانونية أو المنصفة التي تعتبر لازمة لأصل البراءة. وكان أهمها حقوق الدفاع، فقد أكد المجلس الدستوري أن حقوق الدفاع (تستخلص من المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية)، ولها قيمة دستورية^(٣). وقرر بأنه لا يجوز تطبيق القانون ما لم يضمن هذا القانون حقوق الدفاع^(٤).

وفي مصر استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على استعمال تعبير المحاكمة المنصفة بدلاً من تعبير المحاكمة القانونية الذي استعمله الدستور المصري (المادة ٦٧)، متأثراً في ذلك بذات التعبير الذي استخدمه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وبالنسبة لمعيار المحاكمة المنصفة، فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه ينصرف إلى مجموعة من الضمانات الأساسية التي تكفل بتكاملها مفهومها للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها في الدول المتحضرة. فهي بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية. كما أنها تعتبر في النطاق الجنائي وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي قضى الدستور في المادة ٤١ منه بأنها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه، فلا يجوز بالتالي تفسير هذه

(١) انظر:

Raport français, Droit constitutionnel et droit de l'homme, op. cit., p.263.

François luchaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, op. vit., p.31.

وانظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٦ يولية ١٩٧١ .

François luchaire, op. cit., p.38.

(٢)

Cc. 21 et 20 Janvier 1981, p.308.

(٣)

Cc., 2 déc. 1976, p.39.

(٤)

القاعدة تفسيراً ضيقاً، إذ هي ضمان مبدئي لرد العدوان عن حقوق الفرد وحرية الأساسية، وهي التي تكفل تمتعه بها في إطار من الفرص المتكافئة... وتتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح يتوخى بالأسس التي يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية... يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها... (١).

وواضح من هذا القضاء أن ضمانات المحاكمة المنصفة في نظر المحكمة الدستورية العليا تتميز بثلاث خصائص هي:

(١) توخى الأسس التي يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه «الأساسية»، أي الحقوق التي يحميها الدستور.

(٢) الصلة بالحرية الشخصية.

(٣) اعتمادها على قيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية.

وهذه العناصر الثلاثة تؤكد أن المحاكمة المنصفة لا بد أن تكفل الضمانات الدستورية للحقوق والحريات، وخاصة ما يتعلق بالحرية الشخصية، وما يكفل حقوق المتهم. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا قد جرت عبارات أحكامها على ما مؤداه أن المحاكمة المنصفة تحتوى على مجموعة من الضمانات الأساسية التي تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمولة بها في الدول المتحضرة. وهو ما يشير إلى الربط بين مفهوم العدالة وضمانات هذه المحاكمة.

ويرتبط مفهوم العدالة الجنائية بالكشف عن الحقيقة وهي أمر لا بد أن يعتمد إثباته على دليل مشروع، أى دليل يستخلص من إجراءات تحترم فيها ضمانات المحاكمة المنصفة. ومن ثم، فإن هناك ربطاً وثيقاً بين الحقيقة التي تتوخى المحكمة الوصول إليها، وبين ضمانات المحاكمة المنصفة. فما المقصود بالحقيقة التي تتوخاها المحاكمة من خلال ضمانات المحاكمة المنصفة؟

(١) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٢، في القضية رقم ٢٠ لسنة ١٠ قضائية، وفي هذا المعنى دستورية عليا في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤ في ٢٣ مارس سنة ١٩٩٢، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية، «دستورية».

٢٦١- تحديد الضمانات في المحاكمة المنصفة

تحدد ضمانات المحاكمة المنصفة في ضوء إطار دستوري يحكمه مبدأان هاما ؛ هما مبدأ المساواة ، ومبدأ حماية الحرية الشخصية . فالمبدأ الأول له طابع أفقى يسرى على كل من الحقوق والحريات . والمبدأ الثانى يبرز جوهر الخصيصتين الأولى والثانية من ضمانات المحاكمة المنصفة كما استخلصتها المحكمة الدستورية العليا .

وفي إطار هذين المبدأين تنقسم ضمانات المحاكمة المنصفة إلى نوعين :

- (١) نوع يحكم ممارسة الدعوى أمام المحكمة .
 - (٢) نوع يتعلق بفاعلية الضمان القضائى الجنائى . ويتمثل فى الرقابة القضائية على احترام ضمانات المحاكمة المنصفة التى كفلها المشرع تطبيقا للدستور .
- وفىما يلى نبحث الإطار الدستورى ل ضمانات المحاكمة المنصفة ، ثم نبحت بعد ذلك هذين النوعين من الضمانات .

الفصل الثانى

المبادئ الدستورية لضمانات

المحاكمة المنصفة

المحاكمة المنصفة ضمان دستورى مركب يعتمد على مجموعة من المبادئ الدستورية التى توفر عددا من الضمانات تتمثل فى : أصل البراءة فى المتهم (المادة ٦٧ من الدستور)، وحقوق الدفاع (المادتان ٦٧ / ١ و ٦٩ / ١ من الدستور)، والضمان القضائى فى المحاكمة الجنائية (المادتان ٦٨ و ٧٠ من الدستور)، ولا عقوبة بغير حكم قضائى (المادة ٦٦ من الدستور)، وإعلان إجراءات المحاكمة (المادة ١٦٩ من الدستور) وسرعة الفصل فى الدعوى (المادة ٦٨ / ١ من الدستور)، والمساواة أمام القضاء (المادة ٤٠ من الدستور)، وحماية الحرية الشخصية (المواد ٤١ و ٤٢ و ٤٤ و ٤٥ و ٥٧ و ٧١ من الدستور). هذا بالإضافة إلى ضمانات أخرى يمكن استخلاصها من الضمانات السابقة .

وقد أوضحنا فيما تقدم ضمان الأصل فى المتهم البراءة، والضمان القضائى وما يتعلق به من ضمانات . وفيما يلي نبين المبادئ الدستورية للمحاكمة المنصفة، والتى تؤسس على مبادئ المساواة، واحترام الحرية الشخصية، واحترام حق الدفاع .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن ضمانات المحاكمة المنصفة تمتد إلى كل خصومة قضائية، أيا كانت طبيعة موضوعها جنائيا كان أو مدنيا أو تأديبيا^(١)، وأن هذه الضمانات تعتبر أكثر لزوما فى الدعوى الجنائية^(٢).

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨، فى القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية، الجريدة الرسمية العدد رقم ١٢ فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨، ٥ ديسمبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية»، العدد رقم (٥٠ تابع) فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨، ٣ إبريل ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد رقم ١٥ فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩ .

(٢) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ المجلد الأول ص ١٨٥ .

المبحث الأول مبدأ المساواة

٢٦٢- المساواة أمام القضاء

بينما فيما تقدم المقصود بمبدأ المساواة في مقام تحديد نطاق الحماية الجنائية للحقوق والحريات^(١). وفيما يأتي ندرس أحد تطبيقات هذا المبدأ لتقرير محاكمة جنائية منصفة. وقد عني إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩، فنص في المادة ٦/٣ منه على أن القانون يجب أن يكون واحداً للجميع سواء عندما يحمي أو عندما يعاقب. ولما كان القضاء هو الذي يطبق حماية القانون، وهو الذي يطبق العقوبات، فقد استخلص مبدأ المساواة أمام القضاء - ومنه القضاء الجنائي - من هذا النص^(٢). ويسمى في القضاء الجنائي بمبدأ مساواة الخصوم في الأسلحة "L'égalité des armes".

وقد عني المجلس الدستوري الفرنسي بالتأكيد على أن مبدأ المساواة أمام القضاء الذي يندمج في مبدأ المساواة أمام القانون يشير إلى أن هذا المبدأ الأخير يعتبر كلاً لا يتجزأ. ولهذا لا يعتبر مبدأ المساواة أمام القضاء امتداداً لمبدأ المساواة أمام القانون، بل يعتبر مجرد تعبير عن هذا المبدأ الأخير في مجال معين؛ هو القضاء^(٣).

٢٦٣- مبدأ المساواة في الأسلحة (أمام القضاء الجنائي)

يعتبر مبدأ المساواة أمام القضاء عنصراً في مبدأ المساواة أمام القانون، ومن ثم يسرى

(١) انظر ما تقدم بند ٣٢ وما بعده.

(٢) كان النص بوجه عام على المساواة أمام القضاء الجنائي رد فعل للممارسات الخاطئة التي كانت تتم في ظل النظام القديم. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قرارات له التفسير المعطى لمادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن بشأن المساواة أمام القضاء الجنائي.

Décision No. 75 - 56 du 23 Juillet 1975, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.32.

Décision No. 80 - 125 du 19 Décembre 1980, Recueil jur. const., p.88.

Ferdinand Mélin - Soucramanien, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, op. cit., p.95. (٣)

عليها كل ما يسرى من قواعد تتعلق بالمساواة أمام القانون . ويدق الأمر بوجه خاص بالنسبة إلى هذه المساواة ، لأنها تتطلب خضوع الأشخاص المتماثلين في المراكز القانونية أمام القضاء لقواعد وإجراءات واحدة .

ويتجلى ضابط المساواة في المحاكمة المنصفة في تمتع أصحاب المراكز القانونية أى أطراف الدعوى الجنائية بذات الحقوق والحريات . فمتى حرم أحدهم من هذه الحقوق والحريات التى كفلها الدستور، بينما تمتع بها الآخر، كان النص القانونى الذى أقام هذا التمييز مخالفا لمبدأ المساواة فضلا عن مخالفته للحقوق والحريات التى أهدرها هذا النص . وهو ما يطلق عليه — كما بينا من قبل — مبدأ المساواة فى الأسلحة "L'égalité des armes" . ولا تعنى المساواة فى الأسلحة أن يحدد النص حق الدفاع فى ممارسة حقوقه، بل يجب أن يشتمل على تمكينه من هذا الحق بالقدر الضرورى الذى يتفق مع المقتضيات العامة للمحاكمة المنصفة . وتطبيقا لهذا المبدأ ، قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض حكم قضى بقبول استئناف النائب العام لحكم فى مخالفة (المادة ١ / ٥٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى)، بينما أنه وفقا لهذا النص لا يتمتع المتهم بذات الحق فى هذا الاستئناف . وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إلى المساواة فى الأسلحة ، فقالت فى أحد أحكامها بعدم جواز الإخلال فى إطار المحاكمة المنصفة (بضمانة الدفاع التى تتكافأ للخصوم معها أسلحتها equality of armes)^(١) .

وقد استقر القضاء الفرنسى على أن المساواة فى الأسلحة تتطلب أن تكون المساواة معقولة وليست مساواة رياضية لا تتحقق فيها المصلحة العامة . وبناء على ذلك ، قضى بأنه لا يجوز للمتهم أن يتمسك بالإخلال بمبدأ المساواة فى الأسلحة ، على أساس أن محاميه ترفع لمدة أقل مما أتيح لمحامى المدعى المدنى وللنيابة العامة^(٢) ، وقضى بأنه لا يعتبر إخلالا لهذه المساواة رفض محكمة الجنايات توجيه المتهم أسئلة إلى أحد الشهود^(٣) ، وقضى بأن رفض استدعاء سماع أحد الشهود بناء على تسبب معقول (مثل تعرضه للتخويف والضغط أو الانتقام) لا يعتبر إخلالا بالمساواة فى الأسلحة^(٤) . وقضى بأن المساواة فى الأسلحة يسرى على كل طرف فى الدعوى الجنائية سواء كان هو

(١) دستورية عليا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧ ص ١٠٦ .

Crim., 1 er Juin 1995, Bull. No. 202.

(١)

Crim., 14 Mai 1996, Bull. No. 202.

(٢)

Crim., 8 Février 1990, Bull. No. 70.

(٣)

المتهم أو المدعى بالحق المدنى^(١). وحكم بأنه يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة تأييد غرفة المشورة للأمر بحبس المتهم بعد سماع أقوال المدعى المدنى دون سماع أقوال المتهم^(٢)، وحكم بأن احترام حقوق الدفاع ينطوى على وجود إجراءات عادلة ومنصفة تكفل التوازن بين حقوق الخصوم^(٣).

وقد أكد هذا المبدأ المؤتمر الثانى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩. فقرر بأن الدفاع يجب أن يكون طرفاً جوهرياً فى الإجراءات وأن يملك وسائل فعالة لمواجهة أى - أو كل - أدلة الإثبات من الاتهام وأن يقدم ما يثبت دفاعه.

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بوضوح مبدأ المساواة فى الأسلحة بين المتهم والنيابة العامة بوصفها ممثلاً للاتهام، وأنه لا يعنى النظر إلى العلاقة بين النيابة العامة والمتهم بوصفها علاقة نزاع بينهما، وإنما يتحدد المبدأ بالنظر إلى المصالح التى يدافع عنها كل من الطرفين فى معظم الأحوال، مما يتطلب إعطاءها ذات الاهتمام^(٤).

ويلاحظ اختلاف مركز الاتهام عن مركز الدفاع فى أوجه مختلفة. فالدفاع له الحق فى الإحاطة بالتهمة والوقائع التى تستند إليها وأن يستفيد من قرينة البراءة.

ومن ناحية أخرى فإن الاتهام يملك من وسائل القوة لاستخدامها، وخاصة سلطات القبض أو الحبس الاحتياطى فى النظام الذى يعطى للنيابة العامة سلطة الجمع بين الاتهام والتحقيق. كما أن المتهم يملك الحق فى الصمت، بل ويملك فى سبيل تنفيذ أدلة الاتهام أن يأتى بأدلة غير مشروعة، وهو ما لا يملكه الاتهام الذى يتقيد بالأدلة المشروعة فى أعماله، فضلاً عما يلتزم به الاتهام من موضوعية فى آرائه وتصرفاته وهو ما لا يلزم به الدفاع. فالاتهام ليس عدواً للدفاع، بل يجب أن يشارك متوازناً معه أثناء المحاكمة من أجل إثبات الحقيقة لضمان فاعلية العدالة. وهذا التوازن يجد أساسه الدستورى فى قرينة البراءة (المادة ٦٧ / ١ من الدستور).

ويلاحظ أن المقصود بالمساواة هنا هو التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، حتى لا تتحول الإجراءات إلى وثيقة اتهام مستمرة يقف أمامها المتهم موقف الإذعان أو

Crim., 7 Mai 1996, Bull. No. 190.

(١)

Crim., 18 Décembre 1996, Bull. No. 476.

(٢)

89-260 Décision du 28 juillet 1989, Recueil juris. const., p. 365.

(٣)

(٤) مشار إليه فى مؤلف :

Marc Verdussen Arrêt Borgers du 30 octobre 1991, op. cit., p. 342, 343.

الخضوع ، مما يعتبر مناقضا لأصل البراءة . ويجب أن يكون التوازن بقدر يحمي حق الدفاع في مواجهة حقوق الاتهام . وتبدو هذه الحالة ملحة في مرحلة التحقيق في النظام الإجرائي المصري حيث تجمع النيابة العامة في يديها سلطات الاتهام والتحقيق في وقت واحد . وإذا كان هذا الاعتبار قد اقتضته المصلحة العامة إلا أنه لا يجوز التدرع بهذه المصلحة للعدوان على حق الدفاع والمساس به بصورة تجعل التحقيق مرحلة مطولة من الإجراءات لصالح الاتهام^(١).

وتطبيقا لهذا المبدأ ، قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن الدستور قد كفل حق الدفاع ، وأن الحق في اختيار المحامي الذي يطمئن إليه الموكل ويثق فيه يلعب دورا متميزا سواء في مجال فاعليته المعنوية التي يقدمها الوكيل إلى موكله أو باعتباره دورا متكاملًا في مجال ضمان إدارة أفضل العدالة ، وأن المساواة أمام القانون مؤداها ألا يخل المشرع بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة فيما بين الأشخاص المتأثلة مراكزهم القانونية ، في حين حرم النص التشريعي المطعون فيه (المادة ١٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) الفئة التي شملها الحظر من الحق الذي كفله لغيرهم من المحامين ، دون أن يستند في التمييز بين هاتين الفئتين إلى مصلحة مشروعة ، بل عمد إلى نقيضها ، فإن هذا التمييز يكون مفتقرا إلى الأسس الموضوعية التي تبرره ، ويكون بالتالي تحكما ومنهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور^(٢).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا كان النص المطعون فيه (المادة ٢٠٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية قد أجاز فرض قيود على أموال الأشخاص الذين توافرت من خلال التحقيق معهم دلائل كافية على تورطهم في إحدى الجرائم التي عينها تحول دون إدارتهم لها أو تصرفهم فيها ، وهي قيود لا سند لها من النصوص الدستورية ذاتها ممايزا بذلك بين هؤلاء وغيرهم من المواطنين ، بل بينهم وبين غيرهم من المتهمين

(١) ولهذا فإن القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ قضى بتعديل بعض نصوص قوانين العقوبات والإجراءات الجنائية وإنشاء محاكم أمن الدولة وسرية الحسابات بالبنوك والأسلحة الذخائر إذ أضاف مادة جديدة تحمل اسم المادة ٧ مكررا إلى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ تقضى بأن يكون للنسبة العامة في تحقيق الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات - بالإضافة إلى الاختصاصات المقررة لها - سلطات قاضي التحقيق ، وسلطة محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة مشورة - يكون قد أعطى تفوقا للنسبة العامة على حساب الدفاع في الإجراءات التي كانت وفقا للقواعد العامة تتطلب موافقة المحكمة وخاصة أن جميع المتهمين أيا كانت الجرائم المنسوبة إليهم يضمهم جميعا مركز قانوني واحد هو افتراض البراءة .

(٢) دستورية عليا في ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ .

المدعى ارتكابهم جرائم أخرى غير التى حددها هذا النص ، وكان هؤلاء ، وهؤلاء يضمهم جميعا مركز قانونى واحد ، هو افتراض براءتهم ، وكان مناط فرض القيود عليهم مبناه قيام دلائل كافية من التحقيق على رجحان الاتهام ، فإن التمييز بينهم يكون منافيا لمبدأ المساواة^(١).

وفى فرنسا ، قرر المجلس الدستورى الفرنسى بعدم دستورية النص الذى يحظر على بعض الممولين الطعن أمام القضاء فى قرارات مصلحة الضرائب ، لإخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء^(٢).

وقد قرر المجلس الدستورى فى فرنسا أنه من حق المشرع أن ينص على قواعد للإجراءات الجنائية تختلف باختلاف الوقائع والمراكز والأشخاص التى تنطبق عليهم ، بشرط ألا يعبر الاختلاف عن تمييز لا مبرر له وأن يكون مكفولا بضمانات متساوية للمتقاضين ، وهو ما يتوافر بالسماح بإدخال الدعوى حوزة محكمة الجنج مباشرة^(٣). وقضى بعدم دستورية النص الذى يسمح للمدعى المدنى أمام محكمة الجنج أن يقدم طلبات جديدة أمام محكمة الجنج المستأنفة أو أن يدعى أمامها لأول مرة ، وذلك لأن هذه الرخصة تمس بمبدأ مساواة المتهمين أمام القضاء لأن حقهم فى التمتع بمبدأ التقاضى على درجتين فيما يتعلق بالحقوق المدنية يتوقف على سلوك المدعى المدنى^(٤).

ولهذا قرر المجلس الدستورى فى فرنسا بأن من حق المشرع وضع إجراءات مختلفة وفقا للوقائع والأحوال والأشخاص التى تنطبق عليهم ، طالما أن هذا الاختلاف لا يعبر عن تمييز لا يوجد ما يبرره ، وطالما أن الإجراءات على اختلافها مكفولة بالنسبة إلى جميع من تسرى عليهم ضمانات متساوية ، وخاصة فيما يتعلق باحترام حق الدفاع^(٥).

وقد لوحظ من استقراء قرارات المجلس الدستورى أنه قد استخلص عدم احترام مبدأ المساواة فى ضوء اختلاف المعاملة بالنسبة إلى حقوق الدفاع . وقد تجلّى ذلك

(١) الدستورى العليا فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٦ العدد (٤١).

(٢) Décision 73 - 51, du 27 Décembre 1973, Rec. jur. const., 28.

(٣) Décision No.80 - 127 Dc 19 et 20 Janvier 1981, (Sécurité et liberté), Recueil jur. const., p.91.

(٤) قرار المجلس الدستورى فى ١٩ و ٢٠ يناير ١٩٨١ سالف الذكر.

(٥) Décision No. 86-213 du 3 Septembre 1981, Ferdinand Mélin - Soucramanien, le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, collection de droit public, 1997, p.304.

بوضوح عام ١٩٩٣ حين قرر المجلس الدستوري عدم دستورية نص يمنع المحتجزين في بعض الجرائم المرتبطة بجرائم معينة هي جرائم المخدرات والإرهاب من الحق في الاستعانة بمحام في فترة حجزهم "Garde à vue" (١).

كما قرر هذا المجلس عدم دستورية القانون الذي يميز لرئيس المحكمة الابتدائية إحالة الدعوى إما إلى محكمة من قاض واحد أو إلى محكمة من ثلاثة قضاة دون تقييد بمعيار معين، وذلك باعتبار أن هذا النص قد خالف المبدأ الدستوري الذي ينص على المساواة أمام القضاء. وقال المجلس إن هذا المبدأ لا يقوم بذاته، وإنما هو على العكس من ذلك يندرج داخل إطار مبدأ المساواة أمام القانون الذي نادى به إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان سنة ١٧٨٩ (٢).

ويلاحظ أن قرار المجلس الدستوري الفرنسي في هذه القضية الأخيرة قد تطلب في المساواة أن تكون بين المراكز القانونية الواحدة، وأضاف بأنه يتعين على المحكمة تحديد المراكز القانونية التي ينطبق عليها مبدأ المساواة أمام القضاء، فإذا ثبت أن النص ينطبق على جميع المتهمين دون تمييز، فإن المشرع لا يستطيع السماح بمحاكمة بعضهم دون غيرهم أمام محكمة من ثلاثة قضاة - وإلا انطوى على الإخلال بمبدأ المساواة، نظرا لوحدة المراكز القانونية للمتهمين الذين يجري التمييز بينهم، أو كما قال المجلس الدستوري الفرنسي أمام (مواطنين يوجدون في ظروف متشابهة ويتهمون عن جرائم واحدة). فالاختلاف في المعاملة بين المتهمين يجب أن يتم وفقا لمعيار موضوعي ومقبول، يتفق مع الغاية من القانون.

وقد تبين من تلك القضية الأخيرة التي عرضت على المجلس الدستوري في فرنسا أن القانون لم ينهض على معيار يسمح بتحديد نوع القضايا التي يمكن إحالتها إلى محكمة من قاض واحد وتلك التي يمكن إحالتها إلى محكمة من ثلاثة قضاة، بل ترك الأمر لرئيس المحكمة الابتدائية دون معيار موضوعي لكي يمارس سلطته في الإحالة بطريقة تقديرية (٣).

وفي هذا المعنى قرر المجلس الدستوري أيضا بأنه يجب التوفيق بين مبدأ المساواة أمام القضاء ومبدأ تفريد العقاب، وأنه لا يتناقض مع مبدأ المساواة أن ينص القانون على

Décision No. 93 - 326, du 11 août 1993, Rec. jur. const., p.552.

(١)

Décision No. 75 - 56, du 23 juillet 1975, Rec. op. cit., p. 32.

(٢) انظر:

Décision du 75 - 56 Dc, Recueil jur. const., p.32.

(٣)

إعطاء القضاى سلطة تقديرية واسعة فى تحديد العقاب وأن يتضمن قواعد تضمن العقاب الفعال عن الجرائم^(١). وقرر المجلس الدستورى أيضا بأن القواعد المتعلقة بتنفيذ العقوبات لا تتناقض مع مبدأ المساواة^(٢)، وأنه يمكن تصنيف المحكوم عليهم فى السجن بإخضاعهم لأنظمة عقابية مختلفة ما لم يكن المحكوم عليهم مقضيا عليهم بعقوبة من نوع واحد فإنهم يخضعون لنظام عقابى واحد عند توافر شروط تطبيقه^(٣).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر، أن الناس لا يمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى اللجوء إلى قاضيه الطبعى، ولا فى نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التى تحكم الخصومة عينها، ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور للحقوق التى تطلبوها، ولا فى اقتضاها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا فى طرق الطعن التى تتظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استعدادها، أو الطعن فى الأحكام الصادرة فيها^(٤)، ولا يجوز بالتالى أن يعطل المشرع أعمال هذه القواعد فى شأن فئة بذاتها من المواطنين، ولا أن يقلص دور الخصومة القضائية التى يعتبر ضمان الحق فيها، والنفاذ إليها، طريقا واحدا لمباشرة حق التقاضى المنصوص عليه فى المادة ٦٨ من الدستور، ولا أن يجرّد هذه الخصومة من الترضية القضائية التى يعتبر إهدارها إخلالا بالحماية التى يقرها الدستور للحقوق جميعها.

وقد أجازت المادة ٦٣/ ٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨، للمتهم عند رفع الدعوى الجنائية عليه مباشرة أن ينيب عنه وكىلا فى جميع الأحوال، أو فى أية مرحلة كانت عليها الدعوى لتقديم دفاعه، وذلك استثناء من حكم المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية، التى توجب على المتهم فى جنحة يعاقب عليها بالحبس أن يحضر بنفسه. وعللت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا الحكم

(١) دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير المقيّد بجداول المحكمة الدستورية العليا برقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير) الجريدة الرسمية العدد ٤ (مكررا) فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣.

(٢) Cc. 22 Novembre 1978, p. 33.

(٣) Cc. 27 Juillet 1978, p. 32

(٤) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن أفراد قانون السلطة القضائية دعوى الصلاحية بتنظيم خاص يخضع لقواعد موضوعية لا تميز بين نوع من المخاطبين بها من رجال السلطة القضائية المتكافئة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، وقد تقرر لأغراض تقتضيها المصلحة العامة صونا للوظيفة القضائية. (دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢.

القانونى بالحيلولة دون اتخاذ الادعاء المباشر وسيلة للكيد والإساءة إلى المتهم بالحضور بنفسه كمتهم أمام المحكمة الجنائية . وأثناء مناقشة المشروع أمام مجلس الشعب أشار البعض إلى وجود إخلال بمبدأ المساواة بين المتهم في الدعوى المباشرة والمتهم في الدعوى المرفوعة من النيابة العامة ، وخاصة في مرحلة الاستئناف حين يصدر على كل من المتهمين حكم بالحبس ، فيجوز للأول أن ينيب عنه وكيلا ، بخلاف الثاني الذي يتعين عليه الحضور بنفسه . على أنه لا يوجد إخلال بمبدأ المساواة لسببين :

(أولهما) ، اختلاف النظام الإجرائى لكل من الدعوى المباشرة والدعوى المرفوعة من النيابة العامة .

(ثانيهما) ، المساواة في حقوق الدفاع .

فبالنسبة للسبب الأول ، فإن الدعوى المباشرة تخضع للنظام الاتهامى فترفع بغير استدالات ولا تحقيق ، بخلاف الحال في الدعوى المقامة من النيابة العامة ، كما أن المصلحة الخاصة شرط لقبول الدعوى المباشرة لأن هذه الدعوى لا تتحرك إلا إذا كانت مقترنة بدعوى مدنية مقبولة . هذا بخلاف الحال في الدعوى التي تقيمها النيابة العامة ، فإن المصلحة العامة وحدها - والتي تسهر عليها النيابة العامة - هي التي تقف وراء الدعوى . وفي مرحلة الاستئناف ، فإنه إذا قضى ابتدائيا بإدانة المتهم في الدعوى المباشرة ، فلإزالة مركزه مختلفا عن المتهم في الدعوى المقامة من النيابة العامة والمحكوم بإدانته ابتدائيا ، لأن المدعى المدنى يملك في الدعوى المباشرة - في أية حالة كانت عليها الدعوى - أن يترك دعواه المدنية فيترتب على هذا الترك ترك الدعوى الجنائية أيضا ما لم تطلب النيابة العامة نظرها (المادة ٢٦٠ / ٣ إجراءات المعدلة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات) ؛ وهو ما لا يسرى على الدعوى الجنائية المقامة من النيابة العامة . وبالنسبة إلى السبب الثانى ، فإنه فضلا عن أنه لا يوجد إخلال بمبدأ المساواة في الأسلحة بين المتهم والنيابة العامة ، لا يوجد إخلال بالمساواة في حقوق الدفاع بين المتهم في الدعوى المباشرة ، والمتهم في الدعوى المرفوعة من النيابة العامة . فحضور المتهم بشخصه هو ضمان للدفاع ، فإن شاء أن يكتفى بوكيل عنه ، فإن ذلك يخضع لتقديره . فإذا حتم القانون حضوره

شخصيا (كما في الدعوى المقامة من النيابة العامة)، فليس في ذلك انتقاص من حقوق الدفاع^(١) ولا حرمانه من ميزة، لأن الغياب عن الحضور ليس ميزة في المحاكمة وليس حقا من حقوق الدفاع، بل هو على العكس رخصة له قد يترتب على استعمالها انتقاص حقه في الدفاع. هذا فضلا عن أن القانون أجاز للمحكمة أن تحتّم حضور المتهم بشخصه في الدعوى المباشرة، إذا هي قدرت أهميته في الحضور.

إلا أننا نلاحظ ثمة إخلال بمبدأ المساواة يتجلى في المواد ١٦١ و ٢/١٦٤ و ٢/٢٠٥ إجراءات. فالمادة ١٦١ أجازت للنياية العامة أن تستأنف جميع الأوامر التي يصدرها قاضى التحقيق، بينما قصرت حق المتهم في الاستئناف على الأوامر المتعلقة بالاختصاص، كما أن المادة ١٦٤ / ٢ إجراءات قررت للنياية العامة وحدها استئناف الأمر الصادر من قاضى التحقيق في جناية بالإفراج المؤقت عن المتهم المحبوس احتياطيا، ولم تعط للمتهم حق استئناف الأمر الصادر بحبسه احتياطيا، وكذلك أيضا فإن المادة ٢/٢٠٥ إجراءات المعدلة بالقانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ أعطت للنياية العامة في مواد الجنائيات استئناف الأمر الصادر من القاضى الجزئى بالإفراج عن المتهم المحبوس احتياطيا، ولم تعط للمتهم حقا في استئناف الأمر الصادر بمد حبسه احتياطيا.

٢٦٤- تفريد العقوبة والمساواة أمام القضاء

من المقرر أن القاضى الجنائى وهو يمارس سلطته التقديرية في توقيع العقاب على الجانى، عليه أن يجرى تفريدا للعقاب يتفق مع جسامة الجريمة، ومدى خطورة الجانى. فالمساواة التامة بين المحكوم عليهم في قدر العقوبة تتطلب وحدة المراكز القانونية بالنظر إلى مدى جسامة الجريمة ومدى خطورة الجانى، وبدون ذلك لا تتحقق المساواة أمام القضاء. وتعتبر جسامة الجريمة وخطورة الجانى معيارا موضوعيا مقبولا كأساس لتفريد العقاب. وفي هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا في مصر إن سلطة تفريد العقوبة هي التي تخرجها من قوالبها الصماء، وتردها إلى جزاء يعايش

(١) يلاحظ أن إدخال المحكمة المتهم المفرج عنه في قفص داخل المحكمة ليس من إجراءات المحاكمة، ويعتبر مخالفا لأصل البراءة ما لم يقرر بأمر المحكمة خشية هروب المتهم إذا توافر لديها ما يبرر ذلك.

الجريمة ومتركبها، ويتصل بها اتصال قرار، وقالت بأن مناط مشروعية العقوبة من الزاوية الدستورية أن يباشر سلطته في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديراً لها في الحدود المقررة قانوناً، فذلك وحده الطريق إلى معقوليتها وإنسانياتها جبراً لآثار الجريمة من منظور موضوعي يتعلق بها وبمتركبها^(١).

وتطبيقاً لهذا المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا سلب المشرع سلطة القاضي في تفريد العقاب بأن منعه من الحكم بوقف تنفيذ العقوبة في جرائم معينة، يكون قد أخل بخصائص الوظيفة القضائية وقوامها في شأن الجريمة تقدير العقوبة التي تناسبها^(٢). إلا أن الأمر لا يخلو من زاوية أخرى تتمثل في ثلاثة أمور:

أولها: أن الأمر يتصل بتحديد معنى المساواة أمام القضاء وهو ما يتوقف على وحدة المراكز القانونية للمحكوم عليهم في الدعوى، فلا مساواة عند الاختلاف في هذه المراكز أو إذا حتمت ذلك المصلحة العامة وفق معايير موضوعية تتفق مع الغاية من القانون. وفي هذا الشأن قضت محكمة التحكيم البلجيكية بعدم دستورية قانون يسمح بفرض غرامات إدارية عند ارتكاب جريمة بالمخالفة لبعض القوانين الاجتماعية؛ على أساس أنه إذا كان للمشرع أن يلجأ إلى الجزء الجنائي أو الجزء الإداري لا يمكنه أن يجري معاملة مختلفة على مرتكبي الجرائم بدون سبب معقول، وبدون أن تكون مناسبة لجسامة الوقائع، بالنظر إلى الهدف المعنى والعقابي الذي استهدفه القانون^(٣).

ثانيها: أن إخراج بعض العقوبات من نطاق سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة متعلق بالتفريد التشريعي للعقوبة حسب جسامة الجريمة، ويعتبر إمكان وقف التنفيذ عنصراً في هذا التفريد التشريعي، ومن ثم يعتبر ضمن الحدود المقررة قانوناً لعقوبة الجريمة وفقاً لمعيار الضرورة والتناسب، وإنما يشترط لذلك أن يترتب على حظر وقف

(١) دستورية عليا في ٢ أغسطس سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، و ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» وأول سبتمبر سنة ١٩٩٧ في القضية ٣٠ «دستورية». و ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» و ١٣٣ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) الدستورية العليا في أول سبتمبر سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ العدد ٣٧.

(٣) انظر: Francis Delpérec et Anne Rasson - Roland, Chronique, Annuaire International de justice constitutionnelle 1997, p.499.

التنفيذ أن يكون عدم التناسب ظاهرا لا لبس فيه ، وإلا اعتبر الأمر تدخلا في السلطة التقديرية للمشرع . ولا مجال للحديث في أن حظر وقف التنفيذ يعتبر تدخلا في أعمال الوظيفة القضائية ، لأن المشرع الجنائي هو الذى يوضح حدود هذه الوظيفة في إطار اختصاصه بتنظيم ممارسة الحقوق والحريات التى كفلها الدستور .

ثالثها : أن تصنيف المحكوم عليهم في السجن ومعاملتهم العقابية داخل السجن قد تختلف بشرط أن تبنى على معايير موضوعية ، ويجب أن تكون متناسبة مع الهدف منها^(١) .

٢٦٥- المحاكم الجنائية الخاصة والمساواة أمام القضاء

واجهت إدارة العدالة الجنائية بعض المشكلات ، إما بسبب ظهور أنماط معينة من الإجرام أو بسبب شخصية مرتكبيها ، مما أثار البحث حول مدى ملاءمة مواجهة هذه الأنماط بتنظيم خاص يتفق مع طبيعتها ، وحول ما إذا كانت المحاكم الخاصة التى تنشأ لهذه الأنماط من الجرائم أو الأشخاص تتبع ذات الإجراءات التى تحكم القانون فى الأحوال العامة .

إن الشرعية الدستورية تتطلب وحدة القضاء الطبيعى ؛ لأنها تستند إلى المساواة أمام القضاء . فهذه المساواة تتطلب خضوع الأفراد إلى قضاء يحدده القانون بصفة عامة ومجردة . وفى نطاق هذه الوحدة يمكن أن تنشأ محاكم جنائية خاصة تختص بنظر مراكز قانونية متميزة سواء بالنسبة إلى الجريمة (كما فى محاكم أمن الدولة العليا التى نص عليها الدستور المصرى فى المادة ١٧١ منه) ، أو بالنسبة إلى مرتكبيها (كما فى محاكم الأحداث) ، أو بالنسبة إلى كل من الجريمة ومرتكبيها (كما فى المحاكم العسكرية طبقا لقانون الأحكام العسكرية التى تستند إلى المادة ١٨٣ من الدستور المصرى) .

كما تتأكد المساواة أمام القضاء فى هذه المحاكم طالما تحدد اختصاص هذه المحاكم وفقا لضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشائها وهى فاعلية العدالة

(١) وقد قضت محكمة Lidege فى بلجيكا فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٨٧ بأنه لا يشترط أن تكون متخصصا فى علم النفس أو أن تكون طبييا نفسيا فى السجن ، بل يكفى توافر قليل من الإحساس بالإنسانية للشعور بالأثر المؤسف الذى يولده الانعزال فى السجن المقترن بحرمان السجن من أى نشاط لمدة يجهلها تماما .

انظر: Marc Verdussen, op. cit., p. 482.

الجنائية بالنظر إلى ذاتية الجريمة أو ذاتية المجرم أو ذاتية الاثنين معا . ولا يجوز أن نغفل من حسابنا أن فاعلية العدالة الجنائية تتوقف على الوصول إلى الحقيقة ، وهو ما يؤثر على الاختصاص والتنظيم القضائي^(١) في أحوال معينة يقتضى فيها الأمر الالتجاء إلى أسلوب يختلف عن الأسلوب العادى في الاختصاص والتنظيم القضائي . وطالما توافرت الضوابط الموضوعية التى تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشاء المحاكم الخاصة ، فلا محل للتحديث عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام القضاء . وفى هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن محاكمة بعض كبار المسؤولين فى الدولة (أعضاء البرلمان ، الوزراء ورئيس الحكومة وغيرهم) أمام محاكم قضائية خاصة لا تعتبر انتهاكاً لمبدأ المساواة لأن هذه المعاملة الخاصة لا ترجع إلى أسباب شخصية تتعلق بأشخاص هؤلاء المسؤولين ، وإنما ترجع إلى تقييم اعتبار وخصوصية الوظيفة التى يشغلونها ، والتى تتعلق بالمصلحة العامة^(٢) .

على أن المغايرة فى أسلوب الاختصاص والتنظيم القضائي لا يجوز أن تهدر متطلبات الضمان القضائي التى تتمثل فى الاستقلال والحياد ، فلا بد أن تشكل المحاكم الخاصة من قضاة يتمتعون بذلك . ويرتكز ذلك فى مصر على ما نصت عليه المادة ٦٥ من الدستور من أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات .

ومع ذلك ، فإن البحث يشور بصدد خمس مسائل : (الأولى) طبيعة القضاء العسكرى . (الثانية) وجود شخصيات عامة فى محاكم القيم . (الثالثة) ما اشترطه قانون الطفل المصرى من وجود اثنين من الخبراء أحدهما من النساء كمعاونين للقاضى فى المحكمة الجزئية . (الرابعة) ما سمح به القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة من تشكيل دوائر بها عنصر عسكرى^(٣) . (الخامسة) ما تطلبه القانون رقم

(١) انظر : - Kaering - Joulin et J. Pradel, les rapports entre l'organisation judiciaire la procédure pénale en France, Rev Internationale de droit pénal, 60 e année (3e et 4e Trimestres 1989), p. 804.

(٢) مثال ذلك الأحكام رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥ ، ٣٠ لسنة ١٩٨٦ ، و ٣٥٣ لسنة ١٩٨٨ وقد أشار إليها : Barbero Santos; Le iolet et l'impact du constitutionnalisme des tribunaux constitutionnelles et des cours supremes, sur l'évolution du système de justice criminelle, cp. cit. 249, 250.

(٣) نص القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ على أن يكون تشكيل محكمة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين من محكمة الاستئناف على أن يكون الرئيس بدرجة رئيس محكمة استئناف ، ويجوز أن يضم إلى عضوية هذه المحكمة عضوان من ضباط القوات المسلحة القضاة بالقضاء العسكرى برتبة عميد على الأقل ويصدر قرار من رئيس الجمهورية (٢ / ١ و ٢) انظر مقالنا عن محكمة أمن الدولة ، مجلة القضاة سنة ١٩٨١ .

٧٩ لسنة ١٩٨٥ بشأن محاكمة الوزراء من تشكيل خاص به عنصر برلمانى .

(أولاً): بالنسبة إلى القضاء العسكرى

إن ذاتية تشكيله تجدها أساسها فى الدستور الذى نص فى المادة ١٨٣ على أن ينظم القانون القضاء العسكرى ، ويبين اختصاصاته فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور. ومن ثم فإن تنظيم هذا القضاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكـرية على نحو يجعل المحاكم العسكـرية من ضباط عسكريين لا يؤثر فى كون القضاء العسكرى محاكم خاصة فى نطاق القضاء الطبيعى ، طالما أن طبيعة الجرائم والمتهمين الماثلين أمامها تتفق مع تشكيلها الخاص وفقا لضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشائها . وقد قضت المحكمة الدستورية العليا أن المحاكم العسكـرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائى استثنائى مناطه إما شخص مرتكبها على أساس صفة معينة توافرت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكـرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ ، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون^(١).

(ثانياً): بالنسبة إلى قضاء القيم

إن ما نص عليه القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ من تشكيل خاص يتضمن عنصرا قضائيا له الغلبة مع عنصر شعبى (شخصيات عامة) له الأقلية^(٢)، يجد أساسه فى الدستور؛ إذ نصت المادة ١٧٠ منه على أن يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون . وقد وردت هذه المادة فى الفصل الرابع الخاص بالسلطة القضائية من الباب الخامس الخاص بنظام الحكم . ويؤدى تفوق العنصر القضائى فى هذا التشكيل إلى احترام المادة ٦٥ من الدستور التى نصت على أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات .

(١) دستورية عليا فى ٦ يناير سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٨ لسنة ٨ قضائية «تنازع» .

(٢) طبقا للمادة ٢٧ من القانون المذكور تشكل محكمة القيم من سبعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية ثلاثة من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وثلاثة من الشخصيات العامة ، وتشكل المحكمة العليا للقيم من تسعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية أربعة من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وأربع من الشخصيات العامة .

وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لقضاء القيم^(١) حين أثير أمامها عدم دستورية القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة قولاً إنه نقل الاختصاص بالمنازعات المشار إليها فيه من القضاء المدني وهو قاضيها الطبيعي إلى قضاء القيم، وانتهت إلى أن محكمة القيم هي جهة أنشئت كمحكمة دائمة لتباشر ما نيظ بها من اختصاصات حددتها المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب وفقاً للضوابط والإجراءات المنصوص عليها فيه والتي كفلت للمتقاضى أمام تلك المحكمة ضمانات التقاضى من إبداء دفاع وسإاع أقوال وتنظيم لطرق الطعن فى أحكامها، وتكون تلك المحكمة بذلك هى القاضى الطبيعى فى مفهوم المادة ٦٨ من الدستور الذى يحق لكل مواطن اللجوء إليه فى شأن الاختصاصات المنوطة به. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا قضاءها السالف^(٢). عندما أثير فيها الدفع بعدم دستورية القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب.

(ثالثاً): بالنسبة إلى محاكم الأحداث

نصت المادة ١/١٢١ من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ على أن تشكل محكمة الأحداث من ثلاثة قضاة، ويعاون المحكمة خبيران من الأخصائيين، أحدهما على الأقل من النساء ويكون حضورهما فى إجراءات المحاكمة وجوبياً، وعلى الخبيرين أن يقدموا تقريرهما للمحكمة بعد بحث ظروف الطفل من جميع الوجوه، وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكمها. ونصت المادة ٣/١٢١ من هذا القانون على أن يكون استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث أمام محكمة استئنافية تشكل بكل محكمة ابتدائية من ثلاث قضاة، اثنان منهما على الأقل بدرجة رئيس محكمة، ويراعى حكم الفقرتين السابقتين فى تشكيل هذه المحكمة. ويتفق هذا النص مع طبيعة الحدث الذى تتطلب محاكمته إجراءات خاصة تلائم شخصيته. وهذان الخبيران يعاونان القاضى فى قضائه، ولكنه يتحمل مسئولية القضاء فهما ليسا عضوين فى المحكمة. واشترط أن يكون أحد الخبيرين من النساء يبرره أن المرأة بطبيعتها قادرة على تفهم

(١) دستورية عليا فى ٢١ يونيو سنة ١٩٨٦ فى القضيتين رقمى ١٣٩ و ١٤٠ لسنة ٥ قضائية (دستورية)، والدعوى رقم ٤٢ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) فى ٣ يولية سنة ١٩٨٦.
(٢) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٦٠ لسنة ٤ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية، العدد (٢٢) فى ٣١ مايو سنة ١٩٨٧.

مشاكل الأطفال وحلها، فضلا عما يحدثه وجودها في المحكمة من بث روح الطمأنينة والثقة في نفوس الأطفال، ويخفف عنهم حدة الشعور برهبة المحاكمة الجنائية^(١).

(رابعاً): بالنسبة إلى محاكم أمن الدولة

إن ما نص عليه القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ من جواز إضافة عنصر عسكري إلى العنصر القضائي الغالب، يجد أساسه في المادة ١٧١ من الدستور التي نصت على أن ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة، ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها. وهذا النص الدستوري هو أساس المغايرة التي ترد في القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن تشكيل المحكمة وبعض الإجراءات التي تخضع لها. على أنه يتعين في العنصر العسكري عند تقريره أن تتوافر فيه الخبرة القانونية اللازمة للقضاء، باعتبار أن هذه الخبرة تعتبر معياراً للصلاحيات للجلوس في مجلس القضاء كمناط لاستقلاله^(٢). وهو شرط لا بد من توافره لضمان صحة تشكيل المحكمة، وذلك باعتبار أن هذا النوع من المحاكم هو من القضاء الطبيعي.

(خامساً): بالنسبة إلى المحكمة المختصة بمحاكمة الوزراء

طبقاً للقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ كان يتم هذا التشكيل من خلال عنصرين أحدهما برلماني والثاني قضائي. توافر عنصر برلماني (٦ أعضاء من مجلس الشعب) (مجلس الأمة سابقاً) بجوار العنصر القضائي (٦ مستشارين بمحكمة النقض) ويستند هذا التشكيل الخاص إلى المادة ١٦٠/١ من الدستور التي نصت على أن تكون محاكمة الوزير وإجراءات المحاكمة وضماناتها والعقاب على الوجه المبين بالقانون. وكان هذا التشكيل ينسجم مع طبيعة المسؤولية الجنائية للوزير، باعتبار أن العنصر السياسي الناجم عن طبيعة عمله يتطلب تقديراً سياسياً يجيده الأعضاء البرلمانيون في المحكمة. ونرى أن محاكمة الوزراء عن الجرائم التي يرتكبونها في أثناء تأدية وظائفهم تثير قضية المسؤولية السياسية بجانب المسؤولية الجنائية، مما يتعين وجود عنصر برلمان منتخب يشارك مع العنصر القضائي في محكمة خاصة على أن تكون الأغلبية للعنصر القضائي.

(١) انظر الدكتور نبيلة إسماعيل سلامة، حقوق الطفل في القانون المصري سنة ١٩٩٨ ص ٥٤٧.

(٢) انظر ما تقدم بند ٢٥٧.

المبحث الثانى مبدأ الحرية الشخصية

٢٦٦- تمهيد:

نصت المادة ٤١ من الدستور المصرى على هذا المبدأ فأكدت أن «الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس»^(١). ولاشك فى أن هذا النص لا يعنى أن الحرية الشخصية حق مطلق لا ترد عليه القيود، ذلك أن الإنسان لم يعرف هذه الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش بصورة فردية فى العصور الأولى. فقد اقتضت ضرورات الحياة أن ينتظم فى سلك الجماعة فأصبح كائنا اجتماعيا لا يستطيع العيش بمفرده. وقد اقتضاه ذلك أن يلتزم فى تصرفاته وأفعاله بالأصول والقواعد التى تتواءم عليها الجماعة. ومن شأن هذه القواعد وتلك الأصول أن تحد من حريته فتحول دون اعتدائه على غيره من أعضاء المجتمع حتى يصبح طيع التمتع بمثل ما يتمتع به. والقانون هو الوسيلة الوحيدة لوضع هذه الحدود. وقد قامت تشريعات العقاب على هذا الأساس لأنها إنما تؤثـم صورا من العدوان على الغير حفظا لأمن الجماعة ونظام المجتمع. ولو أن الحرية أطلقت دون قيد لسادت الفوضى واختل الأمن والنظام وارتد المجتمع إلى عهد الغابة. ويؤيد هذا النظر أن المشرع الدستورى إذ يقرر الضمانات التى تجب مراعاتها عند القبض على الأفراد وحبسهم، وإذ يوجب إشراف القضاء والنيابة على إجراءات القبض والحبس، وضرورة استصدار أوامر القبض والحبس وغيرها من الإجراءات المقيدة للحرية من القاضى المختص أو النيابة العامة وفقا لأحكام القانون، فإنه يقر تقييد حرية الأفراد إذا اقترفوا ما يقتضى ذلك من الجرائم ومخالفة القانون، كما يقرر بأن الحرية

(١) تقابل المادتين ٤ و ٥ فى دستور ١٩٢٣ ودستور ١٩٣٠، والمادة ٣ فى الإعلان الدستورى الصادر فى ١٠/٢/١٩٥٣، والمادة ٣٤ من دستور ١٩٥٦ والمادة ١٠ من دستور ١٩٥٨، والمادة ٢٧ من دستور ١٩٦٤.

الشخصية التي أحاطها بسياج من القداسة في صدر النص ليست حرية مطلقة تمتنع على القيود والحدود إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض هذه القيود والحدود^(١). وقد أكدت محكمة النقض ما مؤداه أن عبارة «وفقاً لأحكام القانون» التي وردت في نهاية المادة ٤١/١ من الدستور، بعد إيرادها الحالتين التين يجوز فيها القبض والتفتيش، لا تعني تفويض الشارع العادي في إضافة حالات أخرى تبيح القبض على الشخص وتفتيشه، وأن القول بغير ذلك يفضي إلى إمكان تعديل نص وضعه الشارع الدستوري بإرادة الشارع العادي، وهو ما لا يفيد نص المادة ٤١ من الدستور^(٢).

فما هي الحقوق التي تنطوي تحت مدلول الحرية الشخصية والتي تتعرض للمساس بها من خلال الإجراءات الجنائية؟

٢٦٧- (أولاً): الحق في سلامة الجسم

كفلت المادة ٤٢ من الدستور الحق في سلامة الجسم في مواجهة الإجراءات الجنائية، فنصت على أن كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو يقيد حريته بأى قيد يجب معاملته بها يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، كما لا يجوز حبسه في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون. ويفترض هذا الحق عدم جواز تعذيب المتهم. وقد أكد هذا المبدأ الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ الذى حظر تعذيب المتهم (المادة الخامسة). وقد انضمت مصر إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر ١٩٨٤.

وتعذيب المتهم يخضع لصور متعددة، منها ما يعتبر إكراها مادياً، ومنها ما يعتبر

(١) المحكمة العليا فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٥ فى القضية رقم ١٣ لسنة ٥ قضائية عليا «دستورية»، ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ فى القضية رقم ١ لسنة ٥ قضائية عليا «دستورية».

انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، القبض على الأشخاص، طبعة ١٩٩٤ (مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين).

انظر: Serge Guinchard, Le procès équitable: droit fondamental, Actualité juridique, Juillet - Août 1998, p.194.

(٢) نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ مجموعة أحكام س ٤٤ ص ٧٠٣ وما بعدها.

إكراها أديا . والجامع بينها هو الألم أو المعاناة البدنية أو النفسية أو العقلية التي تصيب المتهم من جراء استخدام أحد وسائل التعذيب^(١).

وينبنى على هذا الحق تأكيد حرية المتهم في إبداء أقواله بعيدا عن القهر الذي يمس سلامة جسده . ويثير هذا البحث مشكلة استخدام الوسائل العلمية الحديثة من أجل قهر المتهم على الإدلاء بالحقيقة . والوجه الذي نبخته يتعلق بمدى مشروعية استخدامها في استجواب المتهم ، مما يمس حق المتهم في إبداء أقواله بحرية مما يمس حقه في الدفاع . وقد استقر الفقه والقضاء في معظم بلاد العالم على رفض استخدام الوسائل العلمية للحصول على اعتراف المتهم^(٢).

كما يترتب على هذا الحق عدم جواز معاملة الشخص في أثناء المحاكمة معاملة غير إنسانية أو تحط من قدر إنسانيته . وهذا ما أكدته المادة ٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية^(٣).

(١) وقد اعتبرت محكمة النقض أن الإكراه يكون متوافرا عند هجوم الكلب البوليسى على المتهم وتمزيق ملابسه وإحداث إصابات به (نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة الأحكام س ١ رقم ٣٢ ص ٨٧) .
انظر نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ٣٤٦ ص ١٠١٧ . وقضى بأنه ليس في حضور الضابط استجواب النيابة للمتهم ما يعيب هذا الإجراء أو يبطله في وقت كان مكفولا له فيه حرية الدفاع عن نفسه بجميع الضمانات (نص ٦ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة الأحكام س ١٢ رقم ٥٩ ص ٣١١) . وقضى بأن طول أمد الاستجواب واستغراق ذلك لساعات طويلة متصلة لا يعد إكراها ما لم تستخلص المحكمة من ظروف الدعوى وملابستها تأثر إرادة المتهم (نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٩٤ ، مجموعة الأحكام س ٤٥ ص ٣٧) .

(٢) Merle et Vitu, Traité de droit criminel T.II (procédure pénale), 1979, p.164 et 165.
Graven; Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénale, Rev, Sc. Crim., 1950, p.313 et S.

وقد قلنا في هذا الصدد «إذا صح اللجوء إلى هذه الوسائل لأغراض علاجية فلا يجوز استعمالها للكشف عن الحقيقة في الخصومة الجنائية ، فإن الضمير يأبأها لأنها تعامل الإنسان وكأنه محل التجربة في معمل وتحبى معنى التعذيب بها تحقيقه من سلب شعور الإنسان وتحطيم إرادته الواعية» .

(انظر مؤلفنا ؛ الوسيط في قانون الإجراءات ، الطبعة السابعة (١٩٩٣) ص ٥١٨ و ١٥٩) .
(٣) عرفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المعاملة غير الإنسانية بأنها سلوك يُحدث آلاما عضوية أو عقلية ذات جسامه معينة دون أن تبلغ درجة الجسامه التي يتصف بها التعذيب . مثال ذلك استخدام الوسائل التي كان يستخدمها الجيش البريطاني في الاستجواب في أيرلندا الشمالية ، وهى الوقوف مدة طويلة ، وتغطية الرأس ، والصفيير المستمر داخل الزنزانة ، والحرمان من الشمس ، والحرمان أو التقليل الشديد من الأكل والشرب لعدة أيام .

Cugges Lebreton, Libertés publiques et droits de l'homme, 1995, p.276.

انظر:

٢٦٨- (ثانياً): الحق في حرية التنقل

القيمة الدستورية للحق: كفلت المادة ٤١ من الدستور حرية التنقل إذ نصت على أنه فيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو حبسه أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون. ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي.

وواضح من هذا النص الدستوري أن حرية التنقل حق كفله الدستور^(١). وهو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ (المادة ٣)، والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦) في المادة ١٢/١ منه.

الضمانات الدستورية والقانونية للمساس بحرية التنقل:

أجاز الدستور المساس بحرية التنقل بإجراء القبض أو الحبس الاحتياطي، إلا أن هذا الإجراء لا تجوز مباشرته إلا في إطار ضمانات مهمة رسمها الدستور وحددها القانون.

أما الضمانات الدستورية، فتبدو فيما يلي:

(١) الضمان القضائي: حق المواطن في ألا يقبض عليه أو يحبس أو يمنع من التنقل إلا بناء على أمر يصدر عن القاضي أو النيابة العامة - عدا حالة التلبس - وذلك وفقاً لأحكام القانون (المادة ٤١ من الدستور) ويكون ذلك إذا اقتضته ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع. وبناء على ذلك، فإن المشروعية الدستورية لتقييد حرية التنقل تتوقف على التناسب بين حرية التنقل وبين مصلحة التحقيق وصيانة أمن المجتمع. وعلى المشرع في بيانه لحالات القبض وإجراءاته مراعاة هذا التناسب الذي يمثل في ذاته إطاراً مشروعياً للإجراء. ومؤدى ذلك في ضوء الإشارة إلى الاستثناء الخاص بحالة التلبس أن أوامر القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو منعه من التنقل أو السفر أو تقييد حريتهم بأي قيد دون ذلك إذا بوشرت لضرورة التحقيق - تعتبر من الإجراءات الجنائية التي تمس الحرية الشخصية - التي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية وليس من سلطة أخرى بناء على تفويض ولا بأداء أدنى مرتبة^(٢). ولا يظهر الإجراء (مثل قرار منع السفر) من عيب البطلان أدر

(١) دستورية عليا في ١٤ مارس سنة ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) ص ٢٤٤.

(٢) نقض مدني ١٥ نوفمبر سنة ١٩٨٨ س ٣٩، ج ٢ رقم ١٩٤ ص ١١٥٩.
هذا وقد نص القرار بقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن جوازات السفر على أنه لا يجوز لمن يتمتع بالجنسية المصرية مغادرة أراضي الجمهورية أو العودة إليها إلا إذا كانوا يحملون جوازات سفر وفقاً لهذا القانون ونصت المادة ١١ من هذا القانون على أنه يجوز بقرار من وزير الداخلية لأسباب مهمة يقدرها رفض منح =

يصدر من النيابة العامة أو من القاضى ، إذا لم يكن هناك قانون ينظم هذا الإجراء ، باعتبار أن المشرع وحده ينفرد بتنظيم كل ما يتعلق بالحقوق والحريات^(١).

وقد أشار الدستور إلى إمكان اتخاذ هذه الإجراءات لصيانة أمن المجتمع إلا أن ذلك بطبيعة الحال مشروط باستيفاء سائر مقومات المشروعية الدستورية فلا يجوز اتخاذ هذه الإجراءات إلا في الحدود التي يبينها القانون ، وبالنسبة إلى التدابير الاحترازية التي تهدف إلى صيانة أمن المجتمع ، والتي تعتبر من العقوبات فلا يجوز أن تقر إلا بحكم قضائي طبقا للمادة ٦٦ من الدستور.

(٢) المعاملة الإنسانية : حق المواطن في المعاملة الإنسانية أثناء القبض عليه . فقد نصت المادة ٤٢ من الدستور على أن كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا .

(٣) حبسه في الأماكن الخاضعة لقانون السجون : حقه في ألا ينفذ القبض عليه إلا في الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون (المادة ٤٢ من الدستور) .

(٤) تأقيت الحبس الاحتياطي : وجوب أن يكون الحبس الاحتياطي محددًا بمدة معينة في حدود المدة التي يبينها القانون (المادة ٤١ من الدستور) .

= جواز السفر أو تجديده كما يجوز له سحب الجواز بعد إعطائه . وقد أصدر وزير الداخلية القرار رقم ٢٢١٤ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم قوائم الممنوعين وحدد في المادة الأولى منه الجهات التي يحق لها طلب الإدراج على قوائم الممنوعين من السفر بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين ، وهى المحاكم والمدعى العام الاشتراكي والنائب العام ومساعد وزير العدل للكسب غير المشروع ورئيس المخابرات العامة ورئيس هيئة الرقابة الإدارية ، ومدير إدارة المخابرات الحربية ومدير إدارة الشؤون الشخصية والخدمة الاجتماعية بالقوات المسلحة ومساعد أول وزير الداخلية لمباحث أمن الدولة ، ومدير مصلحة الأمن العام . ويحتاج الأمر إلى تنظيم تشريعى - وليس تنظيميا إداريا - لإجراء المنع من السفر مع إحاطة بالضمانات التى تتفق مع الدستور . (١) وقد أكد مجلس الدولة الفرنسى أن الحق في التنقل يتضمن الحق في مغادرة البلاد .

(CE 22 mai 1992, Gisti, RFDA 1993, p. 567)

وقد أسس هذا الحق على الإعلان العالمى لحقوق الإنسان ، واعتبره المجلس الدستورى الفرنسى مظهرا للحرية الفردية . (Décno. 92-303 du 25 fevr. 1992, Rec. Cons. Const, p. 48)

وفى التقارير المقدمة إلى المؤتمر الذى عقده المعهد الدولى للقانون في المجال الفرنكوفونى ، في مقر مجلس الدولة القاهرة في سنة ١٩٩٨ لبحث موضوع (قاضى الإدارة والحقوق الأساسية في المجال الفرنكوفونى) أوضح Gregoire Aleaye المستشار بالدائرة الإدارية بالمحكمة العليا في دولة «بنين» أن المحكمة الدستورية قضت في ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٩٦ بأن حرية الذهاب والإياب تعتبر أحد أهم حقوق الإنسان التى يكفلها الدستور ، وأن حجز جواز سفر إحدى المواطنين بدون إذن السلطة القضائية يعتبر أمرا تحكما ويحررها من أحد «الحقوق الأساسية» التى يقرها ويحميها الدستور والميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان .

(G. Alaye; Le juge administratif béninois et la liberté, (Le juge de l'administration et les droits fondamentaux dans l'espace francophone, p. 189).

ويجب النظر إلى الحبس الاحتياطي بوصفه إجراء يفرض على المتهم - الذي تفترض براءته وفقا للدستور حتى يصدر حكم قضائي بإدانته، وأنه يتناقض بذلك مع ما يتمتع به البريء من حرية شخصية، إلا أن نظام الحماية الدستورية سمح بالتوازن بين حرية الشخصية والمصلحة العامة. ونظرا إلى خطورة هذا الإجراء على الحرية الشخصية للمتهم، فإن مشروعيته تتوقف على الضمانات التي يحيطه القانون بها لتأكيد جوهر هذه الحرية تطبيقا لأصل البراءة والذي لا يجوز التفريط فيه. وقد لوحظ أن الحبس الاحتياطي له ماض ملوث، فقد أسىء استخدامه في كثير من الدول وخاصة في النظم التسلطية التي تتفوق فيها السلطة، بحكم نظامها السياسي. فبمقتضى هذا الإجراء يودع المتهم في السجن خلال فترة التحقيق كلها أو بعضها ويتعرض لانتهاك كرامته الإنسانية بالصورة التي كان يتمتع بها وهو طليق السراح، وذلك بما يحدث لدى المتهم من أذى بليغ وصدمة عنيفة، تمس شخصه وشرفه وسمعته وأسرته ومصالحه، الأمر الذي يحقق به أضرارا بليغة يستحيل تعويضها^(١). لهذا كان ضروريا أن يحاط هذا الإجراء بأكبر قدر من الضمانات التي تكفل وضعه في النطاق السليم لتأكيد أصل البراءة للمتهم رغم التناسب المراد تحقيقه بين الحرية الشخصية والمصلحة العامة. ولا شك أن عبارة (ضرورة التحقيق) التي وردت في المادة ٤١ من الدستور تشير بجلاء إلى التناسب الذي يجب أن يراعيه المشرع عند تقرير الحبس الاحتياطي بين الحرية الشخصية والمصلحة العامة لتحقيق التوازن بينهما، والذي يجب تبعا لذلك أن تراعيه السلطة المختصة بالتحقيق.

ولما كانت ضرورة التحقيق هي الوجه الذي تتجسد فيه المصلحة العامة، فإن الحبس الاحتياطي يجب أن يهدف إلى ضمان سلامة التحقيق من خلال وضع المتهم تحت تصرف المحقق وتمكينه من استجوابه أو مواجهته كلما رأى محلا لذلك والحيلولة دون تمكينه من العبث بأدلة الدعوى أو التأثير على الشهود أو تهديد المجنى عليه، وبوجه عام مساعدة المحقق على كشف الحقيقة التي يبحث عنها. وقد لوحظ أنه تحت تأثير أفكار الدفاع الاجتماعي اتسع نطاق الهدف من هذا الإجراء لكي يشمل أيضا الوقاية أو الاحتراز، وذلك للحيلولة دون عودة المتهم إلى الجريمة المنسوبة إليه أو لوقاية المتهم من احتمالات الانتقام منه أو لتهدة الشعور العام الثائر بسبب جسامه الجريمة، بالإضافة إلى ضمان تنفيذ الحكم عليه بالحيلولة دون هروبه. ونحن لا نقر هذا التوسع في الهدف

(١) انظر مؤلفنا: الشرعية والإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٧٧، ص ٢٦١.

من الحبس الاحتياطي، حتى لا يتحول إلى تدبير احترازي يجعله في مصاف العقوبات، مما يتعارض مع طبيعته الوقائية. فيجب ألا ينحرف الحبس الاحتياطي عن مصلحة التحقيق، أما مراعاة الشعور العام بسبب جسامة الجريمة فلا يجوز مواجهته بحبس أناس تفترض فيهم البراءة، وخاصة أن هذا الشعور العام قد يكون مصطنعا تحت تأثير الحملات الصحفية التي لا تستهدف غير الإثارة التي تبتعد عن المصلحة العامة. وقد تأكد هدف مصلحة التحقيق - دون غيره من الأهداف في المادة ١٤٣ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية التي نصت على سلطة محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة في مد الحبس الاحتياطي إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك. ولا يجوز أن يكون محض تدبير احترازي لصيانة أمن المجتمع. وإذا كان الدستور قد نص على هذا الهدف بالإضافة إلى ضرورة التحقيق عند اتخاذ إجراءات مقيدة للحرية، (المادة ٤١)، فإن ذلك لم يكن بشأن الحبس الاحتياطي الذي يعتبر أخطر هذه الإجراءات المقيدة للحرية، ويترك للمشرع في حدود سلطته التقديرية اختيار الهدف من هذا الإجراء في إطار الدستور، وقد اختاره وحدده تحديدا، وهو مصلحة التحقيق (المادة ١٤٣ / ١ إجراءات).

وضمانا للتأكد من أسباب الحبس الاحتياطي أوجب القانون الألماني في الجنايات (المادة ١١٤ / ٢) أن يبين المحقق الوقائع التي اتخذها أساسا للحبس الاحتياطي، ونص على أن سبب الحبس الاحتياطي هو المحافظة على الأدلة للحظر، أو منع المتهم من الهرب وأن تقدير هذه الأسباب يكون وفقا لظروف كل حالة على حدة (المادة ١١٢ / ٢). وجاء القانون الألماني بعد تعديله سنة ١٩٧٢ ونص على أنه يكفي الاستدلال من سلوك المتهم على توافر قرينة جسيمة على الحبس الاحتياطي. وقد قضت المحكمة الدستورية الألمانية بأنه يكفي لتبرير الحبس الاحتياطي توافر ظروف معينة تتعلق بقرينة الخشية من هرب المتهم أو خطر المساس بالمحافظة على الأدلة حتى ولو كان هذا الخطر لا يمكن إثباته بوقائع محددة ما دامت أنها غير مستبعدة وفقا لوقائع الدعوى، وكذلك الشأن بالنسبة إلى التخوف والجدوى من عودة المتهم إلى ارتكاب جرائم أخرى لها نفس الطبيعة.

وبالإضافة إلى هذه الضمانات الدستورية، فإنها تستخلص من أصل البراءة مجموعة أخرى من الضمانات التي حددها القانون لإجراء التوازن بين مقتضيات البراءة ومقتضيات القبض كإجراء جنائي من إجراءات التحقيق.

(١) انظر حكم المحكمة الألمانية في ١٥ ديسمبر مشارا إليه في مقال G. Grebing, Les problemes de la détention préventive en republique fédérale d'Allemagne, Rev. sc. crim 1975, p. 968 et 969.

وتتمثل هذه الضمانات القانونية التى تعتمد على أصل البراءة فيما يلى :

أ- القبض: سلطة القبض فى حالة التلبس يياشرها مأمور الضبط القضائى فى أحوال حددها القانون ؛ إذ نصت المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية على أن لمأمور الضبط القضائى فى أحوال التلبس بالجنايات أو بالجنح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه .

ويتعين التمييز بين القبض القانونى الذى يياشره مأمور الضبط القضائى والقبض المادى الذى يياشره الأفراد للحيلولة دون فرار أحد الأشخاص ، فمن تشهد ظروف الأحوال بارتكابهم جريمة ما ، فيكون من الأجدر وضعه بين يدى السلطة المختصة بالتحقيق معه ، وذلك تطبيقا للمادة ٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى نصت على أن لكل فرد شاهد الجانى متلبسا بجناية أو بجنحة يجوز فيها قانونا الحبس الاحتياطى أن يسلمه إلى أقرب رجال السلطة العامة دون احتياج إلى أمر بضبطه^(١) . ولا يجوز للأفراد ولا لرجال السلطة العامة احتجاز الشخص المضبوط لمدة أطول مما يقتضيه تسليمه إلى أقرب رجال السلطة العامة أو مأمورى الضبط القضائى حسب الأحوال .

ومن ناحية أخرى أجازت محكمة النقض لمأمور الضبط القضائى - ويميزه من رجال السلطة العامة بوصفهم من مأمورى الضبط الإدارى - استيقاف المشتبه فى أمره للتحقق من شخصيته^(٢) . وذهبت محكمة النقض إلى أن هذا الاستيقاف يبرر ملاحقة الشخص أثناء فراره للتحرى عن حقيقة أمره بشرط أن يدل هذا الفرار فى ذاته على الاتياب فى أمره^(٣) . وهذا الاستيقاف ليس قبضا ، لأنه لا يجوز أن يقترن بأية محاولة لمنع الشخص من التنقل^(٤) ، لأنه ليس من إجراءات التحقيق بل هو إجراء إدارى بحت ، مثال ذلك مطالبة المشتبه فى أمره بتقديم بطاقة الشخصية^(٥) .

كما يتعين التمييز بين القبض والإجراء التحفظى ؛ إذ نصت الفقرة الثانية المادة ٣٥

-
- (١) نقض ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، مجموعة الأحكام س ٦ رقم ٣٥٢ ص ١١٠٦ .
 (٢) نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ ، مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ٣٠ ص ١٥٩ . وانظر الدكتور محى الدين عوض فى حدود القبض والحبس الاحتياطى على ذمة التحرى فى القانون السودانى ، مجلة القانون والاقتصاد س ٦٢ (١٩٩٢) ص ٥١٤ ،
 (٣) نقض ١٨ مارس سنة ١٩٦٨ ، مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٦٠ ص ٣٢٨ ، ١٢ يناير سنة ١٩٧٥ س ٢١ رقم ١٨ ص ٨ .
 (٤) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٦٦ ، مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ١١٠ ص ٦١٣ .
 (٥) نقض ٥ يناير سنة ١٩٧٠ مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ٩ ص ٤٣ .

من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وله أن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه.

ب - تحديد مجال ممارسة سلطة التحقيق للأمر بالقبض على المتهم أو حبسه احتياطياً: يتوحد مجال سلطة القبض في ذات مجال الحبس الاحتياطي وذلك في مجال الجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة شهور (المادة ١٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية). وفي غير هذه الحالات يجوز الأمر بالقبض إذا لم يحضر المتهم بعد تكليفه بالحضور دون عذر مقبول، أو إذا خيف هربه، أو إذا لم يكن له محل إقامة معروف أو إذا كانت الجريمة في حالة تلبس^(١).

٢ - في الحبس الاحتياطي

أ - لا يجوز تنفيذ أوامر الضبط والإحضار وأوامر الحبس الصادرة من قاضي التحقيق بعد مضي ستة شهور من تاريخ صدورها، ما لم يعتمد قاضي التحقيق لمدة أخرى (المادة ١٣٩ إجراءات)، وهو ما يسرى على الأوامر الصادرة من النيابة العامة (المادة ١٩٩ إجراءات) وهو ما يسرى بحسب القواعد العامة على أوامر مد الحبس الاحتياطي الصادرة من محكمة الجناح المستأنفة المنعقدة في غرفة المشورة، أو من المحكمة المختصة

(١) نصت المادة السابعة مكرراً من قانون إنشاء محاكم أمن الدولة في فقرتها الثالثة على أن يكون لمأمور الضبط القضائي إذا توافرت لديه دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات «المتعلق بجرائم الإرهاب»، أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب من النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة على الأكثر أن تأذن له في القبض على المتهم. وللنيابة العامة في هذه الحالة ولأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع أن تأذن بالقبض على المتهم لمدة لا تتجاوز سبعة أيام. ويجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع أقوال المقبوض عليه ويرسله إلى النيابة العامة المختصة بعد انتهاء المدة المشار إليها في الفقرة السابقة، ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه في ظرف اثنتين وسبعين ساعة من عرضه عليها، ثم تأمر بحبسه احتياطياً أو إطلاق سراحه. وقد أضاف هذا النص أنه خول مأمور الضبط القضائي سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية المناسبة وطلب إصدار النيابة العامة الأمر بالقبض في شأن جرائم لم يرد النص عليها في المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية. كما تضمن نص المادة السابقة من قانون إنشاء محاكم أمن الدولة إضافة ثانية هي جواز إبقاء المتهم المقبوض عليه لدى مأمور الضبط القضائي مدة تصل إلى سبعة أيام بإذن من النيابة العامة. كما أطال المدة التي يتعين خلالها على النيابة العامة أن تستجوب المتهم، ثم تأمر بالقبض عليه أو بإطلاق سراحه، فقد جعلها اثنتين وسبعين ساعة في حين أن المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية قصرت هذه المدة على أربع وعشرين ساعة.

طبقا للمادة ١٤٣ إجراءات ، إذا تعذر تنفيذ أوامر المد بسبب هروب المتهم . هذا دون الإخلال باختصاص سلطة التحقيق بالأمر بالحبس وفقا للقواعد العامة في تهمة الهروب التي قارفها المتهم . وقد نصت المادة ، مكررا من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ على أنه يكون للنيابة العامة في تحقيق الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات بالإضافة إلى الاختصاصات المقررة لها - سلطات قاضى التحقيق ، وسلطة محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة مشورة المنصوص عليها في المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية .

ب - ولا يجوز حبس المتهم احتياطيا إلا بعد استجوابه . ويجب أن يكون الحبس الاحتياطى مؤقتا ، في حدود الحد الأقصى الذى بينه القانون ، فقد نصت المادة ١٤٣ / ٣ إجراءات المعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ . على أنه في جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطى على ستة شهور ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحالة إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة . فإذا كانت التهمة المنسوبة إليه جنائية ، فلا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطى على ستة شهور إلا بعد الحصول - قبل انقضائها - على أمر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوما قابلة للتجديد لمدة أخرى مماثلة ، وإلا وجب الإفراج عن المتهم في جميع الأحوال .

وقد أوجب قانون الإجراءات الجنائية (المادة ١٤٣ / ٢) عرض الأمر على النائب العام إذا انقضى على حبس المتهم احتياطيا ثلاثة شهور وذلك لاتخاذ الإجراءات التي يراها كفيلة لانتهاء من التحقيق . وهو ما يدل بوضوح على الربط بين استمرار الحبس الاحتياطى ومصلحة التحقيق . وهذا النص له نظير في قانون الإجراءات الجنائية الإيطالى (المادة ٩٧٢) ومن خلال هذا العرض يستعرض النائب العام مدى توافر مبررات الحبس الاحتياطى ويتخذ قرار الإفراج في ضوء مصلحة التحقيق ، حتى ولو كان منع الحبس صادرا بقرار من غرفة المشورة بناء طلب قاضى التحقيق .

ج - وقد نصت المادة ٧١ من الدستور على حق المتهم أو غيره في التظلم أمام القضاء من الإجراء الذى يقيد حريته الشخصية في جميع الأحوال ، وعلى أن ينظم القانون حق التظلم بما يكفل الفصل فيه خلال مدة محددة ، وإلا وجب الإفراج حتما . وقد كان أصل هذه المادة في مشروع الدستور ينص على عرض التظلم على رئيس محكمة الجنايات المختصة في خلال مدة معينة ، وكان المقصود منها هو الأخذ بنظام الـ «Habeas

«Corpus» أى الأمر بإحضار المحبوس بذاته لبحث مدى مشروعية حبسه^(١). وتطبيقا لهذا النص صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ فأجرى تعديلا على قانون الطوارئ كفل للمعتقل حق التظلم بعد مضي ثلاثين يوما من أمر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا وأوجب على المحكمة أن تفصل في هذا التظلم بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم التظلم وذلك بعد سماع أقوال المعتقل وإلا تعين الإفراج عنه فورا (المادة ٣ مكررا). وقد كفل هذا النص الضمان القضائي في حالة تقييد الحرية بالطريق الإداري (الاعتقال) طبقا لقانون الطوارئ. أما في الأحوال العادية، فإن نصوص قانون الإجراءات الجنائية تكفل تحديد مدد القبض والحبس الاحتياطي والجهة القضائية المختصة بتقريرها أو مدها. ولكن يثور التساؤل في حالة استمرار الحبس دون سند من القانون ودون تمكين صاحب الشأن من الطعن عليه. في هذه الحالة يتعين على النيابة العامة بوصفها الأمانة على المصلحة العامة أن تأمر بالإفراج فورا عن المتهم، فإذا لم يتيسر ذلك تعين اللجوء إلى المحكمة المختصة بنظر الجريمة المنسوبة إلى المتهم؛ بوصفها القاضى الطبيعي للدعوى للنظر في مدى مشروعية الحبس الاحتياطي. ونرى وضعها للأمور في نصابها التدخل بنص تشريعى صريح يؤكد هذا المعنى.

وترتكز هذه الضمانات القانونية على مبدأ التوازن بين مقتضيات المحافظة على النظام العام باستيفاء الحاجة إلى ضبط الجناة ومراعاة مصلحة التحقيق، وبين سائر الضمانات التى وفرها الدستور لحرية الانتقال. فالضمانات الدستورية لا تحول دون مباشرة إجراءات جنائية بقصد المحافظة على النظام العام (المصلحة العامة). ولا ضير في أن تتفاوت الضمانات بقدر تفاوت جسامه الجريمة من حيث طبيعتها، طالما أنه قد وفر للمتهمين في الجريمة ضمانات تحمى حقوقهم بغض النظر عن تفاوت هذه الضمانات مع المتهمين في جرائم أخرى، طالما أن هذا التفاوت قد بنى على معيار موضوعى بهدف ضمان فعالية التحقيق. وهذا المعنى هو ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسى بشأن النصوص التى أجازت إجراءات خاصة للمتهمين في جرائم الإرهاب^(٢).

(١) وقد أتى هذا النص في مشروع الدستور بناء على اقتراحنا في اللجنة الفرعية للحقوق والحريات المنبثقة من اللجنة التحضيرية للدستور.

Décision No.86-213 Dc du 3.9.1986, Rec., p.127.

Décision No. 93 - 326 Dc du 11.8.1993, Rec., p.217.

Décision No.93 - 334 Dc du 20. 1. 1994, Rec., p.27.

(٢) انظر:

ويدق الأمر بالنسبة إلى الحبس الاحتياطي، لا بالنظر إلى مساسه بحرية الانتقال فحسب، وإنما بالنظر أيضا إلى مساسه بأصل البراءة في المتهم. على أن الموازنة بين المصلحة العامة المتمثلة في تحقيق حسن إدارة العدالة من خلال الحبس الاحتياطي محافظة على مصلحة التحقيق، تتطلب الإذن بالحبس الاحتياطي في إطار من الضمانات التي تفيد أن الحبس الاحتياطي ليس إلا إجراء يرد استثناء على أصل عام هو حرية الانتقال، وأصل آخر هو براءة المتهم. ولهذا قرر المجلس الدستوري الفرنسي شرعية الحبس الاحتياطي^(١). وقضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن الحبس الاحتياطي يقع بين واجب الدولة في مباشرة الاتهام بفاعلية، وواجبها في المحافظة على حرية المواطن^(٢). وقضت محكمة النقض المصرية أن استمرار اعتقال المتهم تنفيذا لقرار رئيس الجمهورية إعمالا للقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة رغم القضاء بعدم دستوريته بناء على حكم المحكمة الدستورية العليا في الأول من إبريل سنة ١٩٧٨ في القضية رقم ٥ لسنة ٧ قضائية، وهو حكم ينسحب على الوقائع السابقة عليه، يتسم بمخالفة صارخة للقانون ومشوب بعبث ينحدر به إلى مرتبة الفعل المادي المعلوم الأثر لما ينطوي عليه من اعتداء على الحرية الشخصية، فيصبح متجردا من صفة الإدارية وتسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية، ويختص بالتالي القضاء العادي برفع ما نتج عن هذا الإجراء المادي من آثار^(٣).

وطالما أن شروط الحبس الاحتياطي التي وضعها القانون تمثل إطار التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية، فإن الإخلال بهذا التوازن الذي يتحدد مناطه بالتناسب بين شروط الحبس الاحتياطي وبين المصلحة العامة، يخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا إذا كان عدم التناسب واضحا وظاهرا. ولا شك أنه من عناصر قياس التناسب الربط بين مدة الحبس الاحتياطي والسلطة الأمرة بها، وما إذا كانت جسامة الجرائم تعتبر عنصرا يبرر توسيع اختصاص السلطة الأمرة بالحبس الاحتياطي، ومدى تماثل المراكز القانونية للمتهمين بالجرائم على اختلاف جسامتها، ومدى علاقة جسامة الجريمة بمبررات الحبس الاحتياطي.

(١) Décision No.80 - 127 Dc des 19 et 20. 1. 1981, Rec., p.21.

(٢) انظر: Pierre cambot; la protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, 1998, p.153.

وقد أشار إلى حكمين أحدهما في سنة ١٩٨٢ و ١٩٨٧.

(٣) نقض مدني في ١٤ يونية سنة ١٩٩٠، مجموعة الأحكام س ٤١ قاعدة رقم ٢٢٤ ص ٢٩٩.

٢٦٩- (ثالثا) الحق في الحياة الخاصة

القيمة الدستورية للحق :

نصت المادة ٤١ من الدستور على أنه فيما عدا حالة التلبس لا يجوز تفتيش أحد إلا بأمر وتستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون . ونصت المادة ٤٤ من الدستور على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون . ونصت المادة ٤٥ من الدستور على أن الحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون . وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ، ولا يجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون .

وتقرر هذه النصوص الثلاثة من الدستور المصرى حماية الحق في الحياة الخاصة . وكما هو واضح من هذه النصوص ، فإن هذا الحق يمارسه الإنسان من خلال عدة مجالات هى كيانه الشخصى ويتمتع بحرمة الشخص (المادة ٤١ من الدستور) ، ومسكنه ويتمتع بالحرمة (المادة ٤٤ من الدستور) ، ومراسلاته ويتمتع بالحرمة (المادة ٤٥ من الدستور) ومحادثاته الشخصية ويتمتع بالحرمة (المادة ٤٥ من الدستور) .

على أنه بالإضافة إلى هذه الحرمة التى يقرها الدستور للحياة الخاصة ، فإن الحق في الحياة الخاصة يعطى لصاحبه حق إضفاء طابع السرية على المعلومات التى تتولد عن ممارسة حياته الخاصة . وهذا المعنى الأخير هو الذى يميز الحياة الخاصة عن الحياة العامة التى يعيشها الفرد على مشهد من المجتمع ، والتى تتميز بالعلانية .

وفى هذا المعنى جاء فى حكم المحكمة استئناف باريس بتاريخ ٦ مارس لسنة ١٩٥٥ أن (ذكريات الحياة الخاصة لكل فرد تتعلق بقطعة الأدبية وأنه لا يملك أحد حقا فى نشرها ولو بغير نية الإضرار طالما كان ذلك بدون ترخيص صريح من صاحب الحياة التى يحكى عنها . هذا بينما أن الحياة العامة للفرد تخضع بغير شك إلى قواعد مختلفة)^(١) .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغوارا لا يجوز النفاذ إليها ، وينبغى دوما ألا يحميها أحد ضمنا لسريتها وصونا

Cour Paris 16 Mars 1955, D. 1955 J.C.P. 1955. 11. 8656, Gaz. pal.1955. I.396.

(١)

لحرمتها، ودفعاً لمحاولة التلصص عليها أو اختلاس بعض جوانبها^(١). والحق في إضفاء طابع السرية على المعلومات المستمدة من حرية ممارسة الحياة الخاصة حق أكدته الدستور المصري حين قرر بوجه عام في الفقرة الأولى من المادة ٤٥ أن حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون.

وتتكون حرمة الحياة الخاصة من عنصرين هما :

(١) حرية ممارسة الحياة الخاصة (La liberté de disposer de soi - même).

(٢) الحق في حماية الخصوصية الناتجة عن ممارسة الحياة الخاصة (La protection de l'intimité) وهذا العنصر الثانى يتمثل في حق كل إنسان في عدم نشر أخبار حياته الخاصة إلا بموافقته، وحقه في حفظ أسرار مراسلاته ومحادثاته الشخصية^(٢).

وهناك مجالات مختلفة للحق في الحياة الخاصة تتمثل في حرمة الشخص بدنيا ونفسيا وما يحمله معه، وحرمة المسكن، وحرمة المراسلات، وحرمة المحادثات الشخصية، ويصاحب هذا الحق حرية ممارسة الحياة الخاصة في مجالاتها المختلفة، وقد تأكدت هذه الحماية بالإعلان العالمى لحقوق الإنسان (المادة ١٢) والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٧)^(٣).

وفي الولايات المتحدة على الرغم مما نص عليه التعديل الرابع للدستور الأمريكى من حرية الشخص والمسكن وأوراقه ومتعلقاته الشخصية في مواجهة التفتيش^(٤) إلا أن البحث انصب على مدى حماية الدستور الأمريكى لهذا الحق في مواجهة التنصت على أسرار الحياة الخاصة. وقد ترددت المحكمة العليا الأمريكية في تقرير هذه الحماية الدستورية^(٥). إلى أن قضت في ١٢ ديسمبر لسنة ١٩٦٧ بأن هذه الحماية تتوافر أيضا

(١) نقض ١١ فبراير سنة ١٩٧٤ في الطعن رقم ٦٨ لسنة ٤٤ قضائية، مجموعة الأحكام س ٢٥ ص ١٣٨. (٢) انظر: Luchaire, op. cit., p.90 et 91.

(٣) ونصت على هذه الحماية أيضا الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٥٠ (المادة ٨)، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٩ (المادة ١١). وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى أن الحق في الحياة الخاصة يتضمن حرمة inviolabilité المسكن منذ قراره الصادر في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٣.

(Décision no 83-164 Dc du 29 décembre 1983, Rec. const. const., p. 67).

(٤) Marcus, Criminal justice reforms. in the United States, Revue Internationale de droit pénal, 1993, p.1358.

(٥) انظر: François Rigaux, l'élaboration d'un "Right of privacy" par la jurisprudence amiricaine, Rev. Internationale de droit comparé 1980, p. 701 - 730. Olmsted V.U.S., 277 U.S. 4381 les V.U.S. 343 U.S. 747 (1982).

في مواجهة التصنت التليفوني^(١)، ووصف بعض قضاة المحكمة العليا الأمريكية التجسس على المكالمات التليفونية بأنه عمل غير شرعى، وقال عنه البعض الآخر بأنه عمل قدر، وأن الدليل المستمد منه هو ثمرة شجرة مسمومة^(٢).

وفي فرنسا، لوحظ أن المجلس الدستوري قد طعن أمامه أكثر من مرة بأن القانون لم يحترم الحق في الحياة الخاصة إلا أنه لم يصدر قرارا صريحا يؤكد القيمة الدستورية للحق في الحياة الخاصة^(٣). ومع ذلك فقد صدر قرار ضمنى في ١٢ يناير في عام ١٩٧٧ بعدم دستورية نص ينحول لمأمورى الضبط القضائى ولمساعدتهم اقتحام الحياة الخاصة، باعتباره مخالفا للحق في الحرية الشخصية. كما قرر في عام ١٩٩٦ دستورية النص الذى يميز التفتيش في مجال البحث عن مرتكبى جرائم الإرهاب طالما كان هذا البحث لازما لحماية المبادئ والحقوق ذات القيمة الدستورية^(٤). ويكشف هذا القرار الأخير عن أهمية التوازن بين القيم الدستورية المختلفة.

٢٧٠- الضمانات الدستورية والقانونية للمساس بالحق في الحياة الخاصة

أجاز الدستور المساس بحرمة الحياة الخاصة في إطار نوعين من الضمانات، بعضها قررهما الدستور ذاته، والأخرى حددها القانون.

(١) انظر:

Katz V.U.S., 389 U.S. 247 (1967) Rigaux, op. cit., p. 723.

وانظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة: في «مراقبة المحادثات التليفونية» دار الفكر العربى سنة ١٩٩٣ ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) انظر القاضى فرانكفورتر في قضيته:

Nardone V.U.S. 338 (1939).

(٣) انظر:

14 Dec. 1982 73, 26 Jwillet 1984, 58.

وراجع في ذلك:

Luchire, op. cit., p. 92.

Décision No.96 - 377 Dc du 16.7.1997.

(٤)

مشارا إليه في:

Pierre Cambot, op. cit., p. 183.

أ- الضمانات التي أوردتها الدستور ذاتها:

١- حرمة الشخص ومسكنه :

لا يجوز المساس بحرمة الشخص - من خلال التفتيش - في غير حالة التلبس ، إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون . وبالنسبة إلى حرمة المساكن فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب . وقد حددت المحكمة الدستورية العليا في مصر نطاق الضمانات الدستورية التي يتمتع بها الحق في حرمة الشخص ، والحق في حرمة المسكن . فقالت بأن المشرع الدستوري قد فرق في الحكم بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن فيما يتعلق بضرورة أن يتم التفتيش في الحالتين بأمر قضائي ممن له سلطة التحقيق أو من القاضي المختص كضمانة أساسية لحصول التفتيش تحت إشراف مسبق من القضاء ، فقد استثنت المادة ٤١ من الدستور من هذه الضمانة حالة التلبس بالجريمة بالنسبة للقبض على الشخص وتفتيشه فضلا عن عدم اشتراطها تسبب أمر القاضي المختص أو النيابة العامة بالتفتيش ، في حين أن المادة ٤٤ من الدستور لم تستثن حالة التلبس من ضرورة صدور أمر قضائي مسبب ممن له السلطة في التحقيق ، أو من القاضي المختص بتفتيش المسكن سواء قام بهذا الأمر بنفسه أو أذن لمأمور الضبط القضائي بإجرائه ، فجاء نص المادة ٤٤ من الدستور المشار إليه عاما مطلقا لم يرد عليه ما يخصصه أو يقيدده مما مؤداه أن هذا النص الدستوري يستلزم في جميع أحوال تفتيش المسكن التي تنبثق من الحرية الشخصية التي تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذي يأوي إليه وهو موضع سره وسكنته ، ولذلك حرص الدستور في الظروف التي صدر فيها على التأكيد على عدم انتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه ما لم يصدر أمر قضائي مسبب دون أن يستثنى من ذلك حالة التلبس بالجريمة التي لا تجيز - وفقا للمادة ٤١ من الدستور - سوى القبض على الشخص وتفتيشه أينما وجد ؛ يؤكد ذلك أن مشروع لجنة الحريات التي شكلت بمجلس الشعب عند إعداد الدستور كان يضمن نص المادة ٤٤ استثناء حالة التلبس من حكمها غير أن هذا الاستثناء قد أسقط في المشروع النهائي لهذه المادة ، وصدر الدستور متضمنا نص المادة ٤٤ الحالي حرصا منه على صيانة حرمة المساكن على ما سلف بيانه . وانتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه بناء على وضوح نص المادة ٤٤ من الدستور من عدم استثناء حالة التلبس من الضمانتين اللتين أوردتهما - أي صدور أمر قضائي وأن يكون الأمر

مسيباً، فلا يحق القول باستثناء حالة التلبس من حكم هاتين الضمانتين قياساً على إخراجهما من ضمانة صدور الأمر القضائي في حالة تفتيش الشخص أو القبض عليه، ذلك بأن الاستثناء لا يقاس عليه كما أنه لا محل للقياس عند وجود النص الدستوري الواضح الدلالة.

واستخلصت المحكمة في ضوء ما تقدم عدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التي كانت تنص على أن لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤٩ إجراءات قد خالفت المادة ٤١/١ من الدستور فيما نصت عليه من تحويل مأمور الضبط القضائي الحق في تفتيش الشخص إذا ما قامت ضده أثناء تفتيش منزل المتهم قرائن قوية على أنه يخفي شيئاً يفيد في كشف الجريمة دون أن يصدر أمر قضائي ممن يملك سلطة إصداره أو أن تتوافر في حقه حالة التلبس^(٢).

٢- حرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية :

أما بالنسبة للمساس بالحق في الحياة الخاصة من خلال الاطلاع على المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال، فقد كفل الدستور ألا يتم ذلك إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة (المادة ٤٥)^(٣).

ب - الضمانات التي أوردها القانون

١ - بالنسبة إلى حرمة الشخص :

- يجوز لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس تفتيش الشخص . فقد نصت المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم (وهي التلبس) يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه، أي شخصه، فإذا كان

(١) الدستورية العليا في ٢ يونيو سنة ١٩٨٤ القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية». راجع مؤلفنا الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨١ ص ٤٥٤ حيث قلنا إن المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية تخالف الدستور (المادة ٤٤) قبل أن يصدر حكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن.

(٢) نقض جنائي في ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س ٤٤ ص ٧٠٣.

(٣) وقد اكتفت محكمة النقض بأن تكشف الأسباب عن جدية الأمر، وأنه صدر بناء على تمحيص للوقائع التي تبرر إصداره، وهو أمر يقدره المحقق تحت رقابة محكمة الموضوع (نقض ١١ يناير سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٩ ص ٥٢).

المتهم أنثى ، أوجب القانون أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي . وقد حددت المادة ٣٤ إجراءات الأحوال التى يجوز فيها القبض بأنها أحوال التلبس بالجنايات أو بالجناح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر . وقد كان قانون الإجراءات الجنائية يخول مأمور الضبط القضائي سلطة تفتيش الشخص من تلقاء نفسه متى توافرت دلائل كافية على الاتهام ، وفى حالة التلبس . وجاء الدستور المصرى الصادر لسنة ١٩٧١ فنص فى المادة ٤١ على إعطاء تفتيش الشخص للقاضى وللنيابة العامة عدا حالة التلبس ، مما يعنى أن هذه الحالة وحدها هى التى تميز تفتيش الشخص بغير أمر من القاضى أو النيابة العامة ، ولهذا أصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية حتى يتفق مع مبادئ الدستور فقصر اختصاص مأمور الضبط القضائي فى تفتيش الشخص على حالة التلبس ، مستبعدا حالة الدلائل الكافية .

أما فى غير حالة التلبس فقد أكد قانون الإجراءات الجنائية على ما نص عليه الدستور من اختصاص النيابة العامة والقاضى (قاضى التحقيق) بتفتيش شخص المتهم (المادة ٩٤ و ١٩٩ إجراءات) ، وأضاف ضمانا خاصا بالأنثى هو وجوب إذا كان المتهم أنثى أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك (المادتان ٩٤ و ٤٦ إجراءات) ، وهو ذات الضمان الذى يلتزم به مأمور الضبط القضائي عند تفتيش الشخص فى حالة التلبس . وقد أجاز القانون تفتيش غير المتهم إذا اتضح من أمارات قوية أنه يخفى أشياء تفيد فى كشف الحقيقة (المادتان ٩٤ و ٢٠٠ إجراءات) .

٢ - بالنسبة إلى حرمة المسكن :

تنصرف إلى حرية الشخص فى مسكنه ، والتى تعطيه الحق فى اختياره ، وفى تغييره ، وفى استخدامه على الوجه الذى يريده .

- اشترط القانون بالإضافة إلى الضمان الدستورى أن يكون الأمر القضائي الصادر من قاضى التحقيق أو النيابة العامة بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم فى المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه فى ارتكابها ، أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة (المادتان ٩١ / ١ و ١٩٩ إجراءات) ولقاضى التحقيق أو النيابة العامة أن يفتش أى مكان ويضبط فيه الأوراق والأسلحة وكل ما يحتمل أنه استعمل فى ارتكاب الجريمة أو نتج عنها أو وقعت عليه وكل ما يفيد فى كشف الحقيقة (المادتان ٩١ / ٢ و ١٩٩ إجراءات) .

- اشترط القانون أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينبيه عنه إن أمكن ذلك (المادتان ٩٢ و ٢٠٦ إجراءات).

- بالنسبة إلى تفتيش منزل غير المتهم الذى يقوم به قاضى التحقيق ، فإن صاحبه يدعى للحضور بنفسه أو بواسطة من ينبيه عنه إن أمكن ذلك (المادة ٩٢ / ٢ إجراءات) فإذا قامت به النيابة العامة تلتزم بالحصول مقدما على أمر مسبب بذلك من القاضى الجزئى بعد اطلاعه على الأوراق ، ولا يجوز لها ذلك إلا إذا اتضح من أمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة (المادة ٢٠٦ / ٣).

ج- بالنسبة إلى حرمة المراسلات والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال الشخصية:

فضلا عن الضمان الدستورى الذى نصت عليه المادة ٤٥ / ٢ من الدستور نص قانون الإجراءات الجنائية على الضمانات الآتية :

- يشترط فى المحادثات الشخصية محل الحماية أن تجرى فى مكان خاص (المادة ٩٥ / ١ إجراءات).

- يشترط للأمر الصادر من قاضى التحقيق أو النيابة العامة لضبط الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البريد وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق أو لمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت فى مكان خاص ، أن تكون لذلك فائدة فى ظهور الحقيقة فى جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر (المادتان ٩٥ و ٢٠٦ / ٢ إجراءات).

ويشترط بالنسبة إلى النيابة العامة أن تحصل مقدما على أمر مسبب بذلك من القاضى الجزئى بعد اطلاعه على الأوراق (المادة ٢٠٦ / ٣ إجراءات).

- وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد مماثلة (المادتان ٩٥ / ٢ و ٢٠٦ / ٣ إجراءات). وفى حالة صدور الأمر من القاضى الجزئى بناء على طلب النيابة العامة يختص هذا القاضى بالتجديد مدة أو مدد أخرى مماثلة (المادتان ٢٠٦ / ٣ إجراءات).

- يطلع قاضى التحقيق وحده على الخطابات والرسائل والأوراق الأخرى المضبوطة ، على أن يتم هذا إذا أمكن بحضور المتهم والحائز لها أو المرسله إليه ، ويدون ملاحظاتهم عليها . وله عند الضرورة أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة بفرز الأوراق المذكورة ، وله حسب ما يظهر من الفحص أن يأمر بضم تلك الأوراق إلى ملف القضية أو بردها إلى ما كان حائزا لها أو إلى المرسله إليه (المادة ٩٧ إجراءات) .

فإذا كانت النيابة العامة هى التى قامت بالضبط أو المراقبة أو التسجيل كان لها أن تطلع على الخطابات والرسائل والأوراق الأخرى والتسجيلات المضبوطة على أن يتم هذا كلما أمكن ذلك بحضور المتهم والحائز لها أو المرسله إليه وتدون ملاحظاتهم عليها . ولها حسب ما يظهر من الفحص أن تأمر بضم تلك الأوراق إلى ملف الدعوى أو بردها إلى من كان حائزا لها أو من كانت مرسله إليه . (المادة ٢٠٦ / ٥ إجراءات) .

وواضح مما تقدم أن قانون الإجراءات الجنائية قد تكفل بوضع قواعد واضحة مفصلة فى حالة المساس بالحق فى الحياة الخاصة . وفى هذا الصدد نشير إلى حكم صدر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ٢٤ إبريل سنة ١٩٩٠ أوضح أن التصنت على المحادثات التليفونية يمثل مساسا جسيما باحترام الحياة الخاصة والمراسلات ويجب أن يعتمد على قانون يضع قواعد واضحة ومفصلة ، وأدانت المحكمة التشريع الفرنسى لأنه لم يبين بدرجة كافية من الوضوح نطاق وأساليب ممارسة سلطة الجهة المختصة بمباشرة هذا الإجراء ، وأنه على الرغم من وجود بعض الضمانات التى نص عليها القانون عند مباشرة هذا الإجراء ، إلا أن النصوص الأخرى لا تقدم أية حماية قانونية كافية للحق فى احترام الحياة الخاصة ، وأكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى حكمها سالف الذكر أن النظام القانونى لم يقدم حتى هذه اللحظة ضمانات كافية ضد مختلف صور التعسف فى استعمال الحق ، سواء فيما يتعلق بطبيعة الجرائم ، أو حدود مدة تنفيذ الإجراء ، أو شروط وضع المحاضر التى تثبت المحادثات المسجلة إلى غير ذلك من ضمانات ، مما يعتبر مخالفة من التشريع الفرنسى للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١) .

Cour Européenne des droits de l'homme, 24 Avr. 1990.

(١)

(انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة ، مراقبة المحادثات التليفونية ، المرجع السابق ص ٢٨٤ و ٢٨٥) .

المبحث الثالث حقوق الدفاع

٢٧١- دور القضاء الدستوري

نصت المادة ٦٧ / ١ من الدستور على أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه . وبهذه الفقرة أكد الدستور حق الدفاع كشرط من شروط المحاكمة القانونية وأكد مرة أخرى في المادة ٦٩ / ١ حين نص على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول . وهذا الحق سبق أن أكدته الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٤ / ٣) .

ويعتبر حق الدفاع الركيزة الجوهرية للمحاكمة المنصفة ؛ يرتبط بأكثر من حق من الحقوق الدستورية ؛ فهو لصيق الصلة بالحق في افتراض البراءة ، وهو حق لا ينفصل عن الحق في المساواة الذي تأتي المساواة في الأسلحة بين الاتهام والدفاع من تطبيقاته . ولهذا ، فإن احترام حق الدفاع يعتبر ضمانا أساسيا للعدالة ، بل إننا لا نتصور عدالة تقوم مع انتهاك حق الدفاع . واحترام هذا الحق يتطلب توفير عدد من الضمانات التي تؤكد وتحمي عليه تمكن من أدائه . وقد أعطت المحكمة الدستورية العليا في مصر لهذا الحق قدره فقالت بأن تقدير المحكمة الدستورية العليا ل ضمانات الدفاع ، وإقرارها لأهميتها ، كان واضحا وقاطعا في مجال تحديد الشروط التي يتعين استجاعتها لاعتبار العمل قضائيا ، ذلك بما جرى عليه قضاؤها ، من أن القرار الذي يصدر من جهة خولها المشرع ولاية الفصل في نزاع معين ، لا يكون قرارا قضائيا ، إذا كانت ضمانات الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية وتبين حدودها^(١) .

وبناء على ذلك أكدت المحكمة العليا الاتحادية دستورية الحق في الاستعانة بمدافع

(١) دستورية عليا في ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٦ ص ١٣ .

طبقا للتعديل السادس للدستور الأمريكى، وأكدت المحكمة العليا أن الحق في المدافع هو حق أساسى وضرورى للمحاكمة المنصفة^(١). وأجازت للمتهم أن يتنازل عن هذا الحق^(٢)، ومع ذلك فللمحكمة ألا تقبل من المتهم أن يدافع بنفسه دون الاستعانة بمدافع إذا رأت أن تنازله عن استخدام حقه في الاستعانة بمدافع ينم عن سلوك غير قويم^(٣).

وفي فرنسا، أكد المجلس الدستورى في مناسبات عدة القيمة الدستورية لحق الدفاع، على أساس أنه يعتمد على المبادئ الأساسية التى تعترف بها قوانين الجمهورية والتى تحوز قيمة دستورية بحكم الإشارة إليها في مقدمة الدستور. ويلاحظ أن القرار الصادر من المجلس الدستورى في ١٨ و ١٩ يناير سنة ١٩٨١ رغم تأكيده على تأسيس حق الدفاع على المبادئ الأساسية التى تعترف بها قوانين الجمهورية لم يشر إلى أى تحديد لتاريخ هذه القوانين^(٤).

وقد عنى المجلس الدستورى بتأكيد القيمة الدستورية لحق الدفاع في مجالات متعددة ولم يقف عند مجرد مجال الإجراءات الجنائية^(٥).

وفي مصر، لم تتردد المحكمة الدستورية العليا في تأكيد أن حق الدفاع اعتبره الدستور ركنا جوهريا في المحاكمة المنصفة التى تطلبها في المادة ٦٧ منه كإطار للفصل في كل اتهام جنائى تقديرا بأن صون النظام الاجتماعى ينافيه أن تكون القواعد التى تقرها الدولة في مجال الفصل في هذا الاتهام مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة، وأن إنكار ضمانة الدفاع أو فرض قيود تحد منها يخل بالقواعد المبدئية التى تقوم عليها المحاكمة المنصفة والتى تعكس نظاما متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. كما ينال الإخلال بضمانة الدفاع من أصل البراءة، ذلك أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقتضى دائما من الناحية الدستورية - ولضمان

Gideon V. Wainwright, 372 U.S. 344 (1963). (١)

Faretta V. California, 422 U.S. 806 (1975). (٢)

Faretta V. California, 422 U.S. 834 (1975). (٣)

Luchaire op. cit., p.394. (٤) راجع:

(٥) انظر بالنسبة للطعن في قرارات قاضى تنفيذ العقوبات.

وانظر أيضا قرارات المجلس الدستورى في المجالات غير الجنائية مشارا إليها في:

Luchaire p.495, 1986, p.128.

فعاليته - بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر وثيقة الصلة بالحق في الدفاع وتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتات للجريمة، والحق في دحضها بأدلة النفي التي يقدمها^(١). وأضافت المحكمة الدستورية العليا أن دور ضمانه الدفاع في تأمين حقوق الفرد وحرياته يبدو أكثر لزوماً في مجال الاتهام الجنائي باعتبار أن الإدانة التي قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقية بينه وبين الجماعة التي ينتمى إليها منهية - أحياناً - آماله المشروعة في الحياة، ويتعين بالتالي أن يكون حق النيابة العامة في تقديم أدلة الاتهام موازناً بضمانه الدفاع التي يتكافأ بها مركز المتهم معها في إطار النظام الإجرائي للعدالة الجنائية كي يتمكن بوساطتها من مقارنة حجمها ودحض الأدلة المقدمة منها^(٢)، وهو ما يعبر عنه بالمساواة في الأسلحة، كما بينا عند عرض مبدأ المساواة.

ولا تقتصر ضمانه الدفاع على مرحلة المحاكمة، بل تمتد إلى المرحلة السابقة عليها^(٣). وبالإضافة إلى القيمة الدستورية لحق الدفاع^(٤)، فقد نال هذا الحق ضماناً دستورياً فيما يتعلق بعناصر هذا الحق وهي الإحاطة بالتهمة، والحق في إبداء أقواله بحرية، والحق في الاستعانة بمدافع والتوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، وكفالة محام عن المتهم بجناية. وفيما يلي نبين عناصر حق الدفاع ونستجلى الضمانات الدستورية والقانونية في كل من هذه العناصر.

٢٧٢- (أولاً): الإحاطة بالتهمة وأدلتها

فالدفاع لا يكون فعالاً ما لم يكن للمتهم حق في أن يعلم بكل ما يتعلق به في الدعوى. وبدون هذه المعرفة يضحى حق الدفاع مشوباً بالغموض فاقد الفاعلية. فلا يجوز أن تجمع الأدلة أو تفحص أو تناقش في غيبة من الدفاع. وتتطلب فاعلية هذا

(١) الدستورية العليا في ١٦ مايو لسنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، بالجريدة الرسمية، العدد (٢٣) في ٤ يونيو سنة ١٩٩٢.

(٢) الدستورية العليا في ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ السالف البيان.

(٣) انظر: دستورية عليا في ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) ص ٢٠٣.

(٤) Décision No. 76 - 70 Dc du 2 Décembre 1976, Rec. p.39, Favoreu, chronique, Rev. Sc. (٤)

Crim., 1978, p.274, Décision No. 80 - 127 Dc des 19 et 20 Janvier 1981, Rec. p.15.

وقد تشكك البعض في إضفاء القيمة الدستورية على حق الدفاع في المنازعات غير الجنائية. انظر:

Thierry Renoux; Le conseil constitutionnel et l'autorité, judiciaire, 1984, op. cit., p.362 et 363.

الضمان كفالة في وقت معقول حتى يتسنى للمتهم أن يحضر دفاعه عن بصر وبصيرة . وقد أكدت هذا الحق المادة ٧١ من الدستور المصرى وقد أشارت المادة ٣ / ١٤ (أ) من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية لهذا الحق فيما تطلبت من إبلاغ الفرد فوراً وبالتفصيل وفى لغة مفهومة لديه بطبيعة وسبب التهمة الموجهة إليه^(١) . وعلى أساس من ضمان هذه الإحاطة ترتيب المبادئ الآتية :

(١) مبدأ المواجهة "le principe de la contradiction" فقد أصبح أصلاً إجرائياً من أصول حقوق الدفاع^(٢) . فالخصومة الجنائية تسعى لمعرفة الحقيقة ، وهو ما يتوقف على مواجهة الدفاع بالأدلة المتوافرة ضده ، مما يجعل لهذا المبدأ فى حد ذاته قيمة دستورية^(٣) .

وقد نص قانون الإجراءات الجنائية المصرى على هذا المبدأ فى عدة مجالات . ففى مجال رفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة فى الجناح والمخالفات بدون تحقيق ابتدائى أوجب تحديد التهمة فى التكيلف بالحضور أمام المحكمة (المادة ٢٣٣ / ٢) ، أو توجيه التهمة إليه فى الجلسة من النيابة العامة إذا كان حاضراً وقبل المحاكمة (المادة ٢٣٢ / ١) . وأوجب تلاوة التهمة الموجهة إليه بأمر الإحالة أو بورقة التكيلف بالحضور على حسب الأحوال (المادة ٢٧١ / ١) . وإذا رأت المحكمة تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التى تثبت من التحقيق أو من المرافعة فى الجلسة ، فعليها أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير ، وأن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك . (المادة ٣٠٨ / ٣ إجراءات) . ويفترض تعديل التهمة قيامها على ذات الواقعة الإجرامية عماد المتهم ولو أضيفت إليها عناصر واقعة جديدة والتى أسماها القانون بالظروف المشددة . وننبه إلى عدم جواز الخلط بين الأدلة الجديدة لذات الواقعة الأصلية ، وبين الظروف المشددة بالمعنى سالف الذكر ، وبين الوقائع الجديدة التى تخرج عن صورة المحكمة .

(١) قضت المحكمة الدستورية الإيطالية فى ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٩٨ بعدم دستورية النص الذى يميز إعلان الأعمال الإجرائية بواسطة البريد ، وأنه على الرغم من سلطة المشرع التقديرية فى تحديد وسائل الإعلان ، إلا أن جواز الإعلان بطريق البريد يصطدم بالحد الذى لا يمكن تجاوزه من احترام حقوق الدفاع ، لأنه يحول دون إحاطته بمضمون الإعلان (انظر : Annuaire Inter. justice constit. 1998, pp. 860 et 861) .

(٢) انظر : Serge Guinchard, le procès équitable: droit fondamental? (L'actualité juridique, - Juillet Août 1998), p.200.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٩٨ بعدم دستوريته مشار إليه فى : Annuaire International de justice constitutionnelle, 1998, p. 864.

وفي مجال التحقيق الابتدائي اعتنق القانون المصري مبدأ حضور الخصوم للتحقيق الابتدائي ووكلائهم (المواد ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ إجراءات)^(١).

وفي سبيل ذلك، أكد القانون للمتهم حق الاطلاع على التحقيق (المادتان ١/٧٧ و ٢ إجراءات)^(٢). ويتطلب حق الاطلاع تمكين المتهم من الحصول على صور من كافة أوراق الدعوى، لأن العدالة تتأذى والمساواة في الأسلحة بين الاتهام وحق الدفاع لا تتحقق إذا كان المتهم مجردا من كافة ما يحاك حوله من قراءة سريعة تتاح له في وقت محدود ملف الدعوى الذي يحوزه المحقق، بينما يتمتع ممثل الاتهام بحرية كاملة في حيازة هذا الملف ودراسته بروية لا تتاح للمتهم الأعزل الذي حجب عنه تصوير أوراقه.

ويسرى هذا المبدأ أيضا على أوامر التحقيق، فيجب أن تعلن إلى الخصوم (المادتان ١٤٥ و ٣/١٥٧).

(٢) شفوية المرافعة: ومقتضى هذا المبدأ وجوب تمكين المتهم من مناقشة جميع أدلة الدعوى شفويا أثناء التحقيق النهائي بالمحكمة، سواء بسماع الشهود أو بمناقشة جميع ما في ملف الدعوى من أدلة، مما لا يجوز معه أن تمتنع المحكمة عن سماع شهود الإثبات إلا بقبول المتهم أو المدافع عنه أو إذا تعذر سماعهم (المادة ٢٨٩ إجراءات). كما لا يجوز للمحكمة أن تستند في الإدانة إلى دليل غير مطروح على بساط البحث في المحكمة، حتى يتاح للمتهم أو المدافع عنه مناقشته^(٣). ويتطلب تمكين المتهم من مناقشة جميع أدلة الدعوى تمكينه من ذلك، فإذا طلب لتحضير دفاعه التأجيل فلا يجوز رفض هذا الطلب إذا كان من شأن هذا الرفض حرمانه من الحق في سماع دفاعه على هذا النحو، أو إحداث ضرر مؤكد بدفاع المتهم^(٤). فإذا كانت سرعة المحاكمة

(١) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٣ ص ٧١٩ وما بعدها، وص ٧٣٣ وما بعدها. وانظر الدكتور محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٨ ص ٨٧٨-٨٩٠. طبقا (للمادة ١٢٥) إجراءات يجب السماح للمحامى بالاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ما لم يقرر المحقق غير ذلك. وطبقا (للمادة ٧٧) إجراءات فإنه عند مباشرة التحقيق في غيبة الخصوم، يبيح المحقق له الاطلاع على التحقيق.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية الطبعة السابعة (١٩٩٣) ص ٤٧٢ وما بعدها.

(٣) انظر في تفصيل ذلك، مؤلفنا الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٨٥ ص ٧٤٦ وما بعدها، نقض ١٥ إبريل سنة ١٩٨٧ في الطعن رقم ٦٣٤٨ لسنة ٥٦ قضائية.

(٤) مثال ذلك ألا يكون المدافع قد تسلم بعض مستندات لها دلالتها في الدعوى ويطلب مهلة معقولة لتقديمها، أو أن تثار واقعة أو يقوم دليل جديد أثناء المرافعة فيطلب الدفاع إعماله لتقديم ما يدحضه وانظر في ذلك، G. Raigle, Le droit au procès équitable au dons l'espace francophone, op. cit., p. 615. والأمر في النهاية متروك لتقدير المحكمة بما يؤدي إلى احترام حقوق الدفاع من أجل إقامة محاكمة منصفة.

ضماناً لعدالتها، فإنه يجب إحداث التوازن بين هذا الضمان واحترام حقوق الدفاع، ولا يجوز التفريط في أحدهما على حساب الآخر. وكل هذه المبادئ تدور حول تمكين المتهم من الإحاطة بالتهمة وأدلتها لإعداد دفاعه على الوجه السليم.

٢٧٣- (ثانياً): حق المتهم في إبداء أقواله بحرية

يجوز للمتهم بنفسه أن يقدم ما شاء من دفاع شفوي أو كتابي وله أن يقدم المستندات المدعمة لدفاعه. ولا قيد على المتهم في كمية ونوع المستندات التي يقدمها والتي يراها لازمة لدفاعه. ويفترض ذلك أن تعطيه المحكمة المهلة اللازمة لإعداد دفاعه. ومن تطبيقات ذلك، ما نصت عليه المادة ٣٠٨/٣ من وجوب أن تمنح المحكمة المتهم أجلاً لتحضير دفاع بناء على الوصف أو التعديل الجديد الذي وجهته المحكمة - إذا طلب المتهم ذلك.

كل هذا دون إخلال بحق المتهم في الصمت ورفض الكلام أو الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه. وطالما كان حق الصمت من حقوق الدفاع فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من هذا الصمت قرينة ضده وإلا كان في ذلك إطاحة بأصل البراءة وما تولد عنه من حقوق الدفاع^(١). وقد أوصى المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد في هامبورج سنة ١٩٧٩ بأن المتهم له الحق في أن يظل صامتا ويجب تنبيهه إلى هذا الحق.

ويتطلب حق المتهم في إبداء دفاعه أن يتمتع بالحق في استجوابه لأن الاستجواب ليس إجراء من إجراءات التحقيق لصالح الاتهام، بل إن للمتهم حق في أن يمكنه من إبداء دفاعه. ومن ثم، فإن حرمان المتهم من حقه في الاستجواب ينطوي على حرمانه من حق الدفاع. ويفترض هذا الحق عدم جواز تعذيب المتهم^(٢). وكل قول يثبت أنه

(١) Jacques velu, et Rusen Ergec, Les conventions Européenn des droits de l'homme Bruz-elles, 1990, p.470 No. 561.

(٢) وقد كان التعذيب في العصور الوسطى أمراً طبيعياً حتى وصفه البعض بالاستجواب. وكان الدافع إليه هو الحصول على الاعتراف في ظل نظام الإثبات السائد في ذلك الوقت والذي كان يشترط الحصول على الاعتراف كدليل للإدانة (انظر في الموضوع الدكتور سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، سنة ١٩٧٨ ص ٢ وما بعدها). إلا أن الاستجواب في العصر الحديث تخلص من فكرة التعذيب بعد أن سادت وصدرت إعلانات بهذه الحقوق توجه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ الذي حذر تعذيب المتهم (المادة ٥).

صدر من مواطن تحت وطأة التعذيب أو التهديد بشيء منه يهدر ولا يعول عليه . ومن ناحية أخرى ، فإن حق المتهم في إبداء أقواله بحرية لا يميز سماعه شاهداً ضد نفسه^(١) . ولهذا لا يجوز للمحقق تأخير استجواب المتهم حيث يسمع كشاهد في بعض الوقائع ضد نفسه . كما يجوز للشاهد أن يمتنع عن إجابة تنطوي على دليل ضده يحوله إلى متهم^(٢) . وفي ذات الوقت حظر القانون على المحكمة استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك (المادة ٢٧٤ / ١ إجراءات) ، فالأصل هو خطر الاستجواب أمام المحكمة حتى لا يقدم دليلاً ضد نفسه . ومع ذلك سمح له بقبول الاستجواب إذا أراد ممارسة الدفاع عن نفسه .

ويتطلب سماع أقوال المتهم بحرية عدم تخليفه اليمين أثناء الاستجواب لما يمثله القسم من إكراه أدبي على حريته في الكلام . وفي ذات الوقت لا يجوز إطالة الاستجواب بصورة قاسية ترهق المتهم وتؤثر في إرادته^(٣) . ولا يجوز تقييد حرية المتهم في إبداء دفاعه لمدة معينة يسقط بعدها حقه في الدفاع . وتطبيقاً لذلك ، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (١٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية ، والتي تقيّد حق المتهم بالقذف بطريق النشر في حق كل موظف عام أو شخص ذي صفة نيابة عامة أو مكلف بخدمة عامة في إثبات صحة الوقائع التي يسندها إليهم عند أول استجواب له وعلى الأكثر في الخمسة الأيام التالية^(٤) .

٢٧٤- (ثالثاً): الحق في الاستعانة بمدافع

كفل الدستور المصري في (المادة ٦٩) حق الدفاع أصالة أو بالوكالة . ومن ثم ، فيجوز للمتهم أن يستعين بمدافع عنه في جميع مراحل الدعوى الجنائية ، وجميع مراحل المحاكمة . وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن حق الشخص في الاستعانة بمحام خلال حجزه garde à vue تعتبر من حقوق الدفاع مباشرة خلال مرحلة

(١) وقد نص على ذلك صراحة التعديل الخامس للدستور الأمريكي ويسمى الحق في عدم اتهام نفسه .
The right against self incrimination (Charles H. whitebreal, Criminal procedure, 1980, p.256 - 280).

(٢) انظر في الموضوع مؤلفنا؛ الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ص ٥٠٤ وما بعدها .
(٣) المرجع السابق ص ٥٢٠ . وانظر: Larjuier, Rev. inter. de droit pénal, 1966, p.155.

(٤) دستورية عليا في ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ ، القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ١٨ فبراير سنة ١٩٩٣ (العدد ٧) .

الاستدلالات^(١). وقضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن حماية الشخص من الاتصال بمحام خلال فترة حجزه في نوع معين من الجرائم مع كفالة هذا الحق في أثناء جمع الاستدلالات في جرائم أخرى مختلفة لا تقل جسامته عن هذا النوع من الجرائم، يعتبر إنكاراً لحق الدفاع، ولحق المساواة بين الخصوم^(٢). وفي صدد الإجراءات الجنائية لم يشترط القانون في الجرح والمخالفات أن يكون للمتهم مدافع يستعين به، بل ترك ذلك لتقدير المتهم. على أنه متى عهد المتهم إلى محام بمهمة الدفاع عنه، فإنه على المحكمة أن تستمع إلى مرافعته أو تتيح له الفرصة للقيام بمهمته^(٣). أما في الجنائيات، فقد نصت (المادة ٦٧/٢) على أن كل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه. وأكد قانون الإجراءات الجنائية هذا المبدأ (المادة ١٨٨).

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن هذا الضمان يجب أن تتوافر به مقومات الفاعلية والتي تتمثل في وجوب أن يتمكن محامي المتهم من متابعة إجراءات المحاكمة بالجلسة من أولها إلى آخرها^(٤)، وفي حرية المتهم في اختيار محاميه وأن حقه في ذلك

(١) 93-326 Décision du 11 août 1993, Recueil, op. cit., p. 552.

(٢) 89-260 Décision du 28 juillet 1989, Recueil, op. cit., p. 365.

(٣) فإذا طلب المحامي حجز القضية للحكم مع التصرف له بتقديم مذكرة بدفاعه، فإنه يجب على المحكمة إما أن تحببه إلى طلبه أو تنبهه إلى رفض الطلب حتى يجدي دفاعه شفوياً، فإذا لم تفعل ذلك تكون قد فصلت في الدعوى بغير دفاع (نقض ٩ أكتوبر سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ١٩٠ ص ٩٤٣). وإذا حضر المحامي طالباً تأجيل نظر الدعوى للاطلاع والاستعداد، فإن المحكمة ليست ملزمة بإجابته إلى طلبه طالما أن المتهم قد أعلن في الميعاد القانوني (نقض ٣٠ يناير سنة ١٩٥٠، مجموعة الأحكام س ١ رقم ٩٥ ص ٢٩٢، ٢٦ إبريل سنة ١٩٥٥ س ٦ رقم ٢٦٩ ص ٩٠٣)، كل هذا ما لم تبين المحكمة أنه طرأ على المتهم أو محاميه عذر قهري حال دون الاستعداد، فإن عليها في هذه الحالة أن تمهله الوقت الكافي لتحضير دفاعه، وإلا كان حكمها مشوباً بالإخلال بحق الدفاع (نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد ص ٤ رقم ٣٣٤ ص ٥٩٨). كما أنه لا يجوز للمتهم طلب التأجيل بتوكيل محام إلا إذا حال عذر قهري دون استعداده للدفاع عن نفسه (نقض ٢٨ مارس ١٩٤٩ مجموعة القواعد ج ٧ رقم ٨٥٤ ص ٨٥٨، ٢٣ مارس سنة ١٩٥٤ س ٥ رقم ١٤٣ ص ٤٢٥)، أو دون حضور محام (نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة الأحكام س ١٢ رقم ١١٦ ص ٦٠٨، ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ ص ١٣ رقم ٢٠٧ ص ٨٦٠).

(٤) ويتطلب ذلك أنه إذا وكل محام للدفاع عن المتهم وطلب إعادة سماع الشهود الذين سمعوا في غيابته تعين إجابته إلى طلبه (انظر نقض ٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة الأحكام س ٣ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٤، ٨ مارس سنة ١٩٦٠ س ١١ رقم ٤٤ ص ٢١٨، ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦١ س ١٢ رقم ١٧٤ ص ٨٧٧، ٢٩ مارس سنة ١٩٦٤ س ١٥ رقم ٤٥ ص ٢٢١، أول يونية سنة ١٩٦٤ س ١٥ رقم ٨٨ ص ٤٥٢، ٤ يناير سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ١٧).

مقدم على حق المحكمة في تعيينه^(١)، ووجوب ضمان عدم تعارض بين المتهمين عنده وجدة الدفاع عنهم^(٢)، وحق المتهم في إبداء ما يعين له من دفاع رغم استعانتهم بمحام^(٣)، ووجوب أن يكون المحامي قادرا على الدفاع^(٤).

وفي صدد حرية المدافع عن المتهم في انتهاج الأسلوب الملائم لدفاعه كان المشرع الفرنسي في سنة ١٩٧١ قد أعطى للمحكمة سلطة الحكم على المحامي إذا وقعت منه إحدى جرائم الجلسات، إلا أن التقاليد القضائية الفرنسية سارت على عدم تطبيق هذا النص إلا بصفة استثنائية احتراماً لحرية المحامي في الدفاع، حتى قيل بأن هذه التقاليد تجاوزت النصوص التشريعية وأصبحت جزءاً لا يتجزأ من المبادئ العامة للقانون^(٥)، ولهذا حاول البعض تعديل هذا القانون لتأكيد حرية المحامي في الدفاع وإعطاء الحق في مجازاة المحامي الذي يرتكب إحدى جرائم الجلسات لنقابة المحامين لا للمحكمة، إلا أن مناقشة المشروع انتهت بإعطاء الحق لرئيس المحكمة في أن يأمر المحامي الذي يصدر منه سلوك غير لائق بمغادرة قاعة المحكمة^(٦). ولما طعن في هذا النص بعدم الدستورية قرر المجلس الدستوري عدم دستورية هذا النص على أساس مخالفته لحقوق الدفاع^(٧).

(١) فإن اختار المتهم محامياً، فليس للمحكمة أن تعين له مدافع آخر، إلا إذا كان المحامي المختار قد بدا منه ما يدل على أنه يعمل على تعطيل السير في الدعوى (نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ١٨٥ ص ٩٢٦).

(٢) فإذا كان في الدعوى أكثر من متهم، وتعارضت مصالحهم بحيث كان الدفاع عن أحدهم يستوجب الطعن في الآخر، فيجب أن يكون لكل متهم محام خاص، لأن تولى محام واحد للدفاع عنهم ينطوي على إخلال بحقوقهم في الدفاع. (نقض ٥ فبراير سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٧ ص ١٥٤).

(٣) انظر نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٦٥، مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ١١٥ ص ٥٧٦.

(٤) كما إذا انتدبت المحكمة المحامي للدفاع عن المتهم دون أن تتيج له الوقت الكافي للاطلاع أو إعداد دفاعه. ولا يمس قدرة المحامي على الدفاع أن يطلب الرأفة بالمتهم بدلاً من الحكم ببراءته (نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد ج ٤ رقم ٣٤١ ص ٤٤٦، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٠٠٨)، أو أن يكتفى المحامي بالانضمام إلى زميله المحامي (نقض أول إبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٣٥٤ ص ٤٥٦).

(٥) انظر: Thierry Renourp, op. cit., p.372.

(٦) وكان وزير العدل الفرنسي قد اعترض على هذا المشروع قائلاً أنه من المنتظر أن تحسم المحكمة فوراً الإخلال بالنظام الذي حدث في الجلسة وأن توقف الإجراءات حتى تفصل فيه نقابة المحامين، وانتهى الأمر بالنص الذي يعطى لرئيس المحكمة سلطة إبعاد المحامي الذي وقع منه الإخلال عن قاعة المحكمة.

(٧) انظر: Thierry Renoux, op. cit., p.373.

وقد اتجهت معظم التقارير المقدمة في ندوة (العدالة الجنائية وحقوق الإنسان في وسط وغرب أوروبا =

ويتفرع عن الحق في الاستعانة بمدافع أن يكفل القانون الحق في اختيار الشخص لمن يوليه ثقته من المحامين ، وأن يظل هذا الحق محاطا بالحماية التي كفلها الدستور لحق الدفاع كى يحصل من يلوذ بهذا الحق على المعونة التي يطلبها معتصما في بلوغها بمن يختاره من المحامين متوسما فيه أنه الأقدر - لعلمه وخبرته وتخصصه - على ترجيح كفته . وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة الدستورية العليا بأن إنكار حق الشخص في أن يختار من المحامين من يقدر تميزه في الدفاع عن المصالح التي يتوخى تأمينها والدود عنها ، لا يتمخض عن مصلحة مشروعة بل هو سعى إلى نقيضها ، باعتبار أن فاعلية ضمانات الدفاع يناقها ما قرره نص المادة ١٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من حرمان فئة بذاتها من المحامين - من مباشرة مهنة المحاماة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما في حكمها لمجرد كون أفرادها يشغلون وظيفة بعينها أو كانوا قائمين بأعبائها ، وذلك لما ينطوى عليه هذا النص من إنكار حق كل متقاض في اختيار محام من بينهم يكون محل ثقة^(١) .

٢٧٥- (رابعا): التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام

لضمان حق الدفاع يجب أن يتوازن مع الاتهام في الحقوق بحيث يملك الوسائل الضرورية لتنفيذ الأدلة المقدمة ضده بواسطة الادعاء ، فضلا عن تقديم ما يعن له من أدلة لتأكيد براءته ، وهو ما يخضع لمبدأ المساواة في الأسلحة على النحو الذى بيناه فيما تقدم . ولهذا فإن الإخلال بحق الدفاع كثيرا ما يقترن بالإخلال بمبدأ المساواة .

وإذا كنا قد عرضنا لفكرة هذا التوازن عند بحث المساواة في الأسلحة ، إلا أن إعادة التأكيد عليه عند بحث حقوق الدفاع يرمز إلى أن مضمون حق الدفاع يتحدد بالتناسب مع ما يملكه الاتهام من حقوق انطلاقا من الأصل في المتهم البراءة . وإذا كانت

= والاتحاد السوفيتي) في سيراكوزا في الفترة من ٢٤ نوفمبر إلى أول ديسمبر سنة ١٩٩١ إلى أن الدفاع يلتزم بإوجب الولاء لموكله وأنه ليس فيا يؤديه مندوبا للمحكمة ، بينما اتجهت بعض التقارير الأخرى إلى تقيد هذا الواجب وعدم جواز التجاء الدفاع للكذب ، بينما اتجه البعض الآخر إلى التزام الدفاع بمعاونة العدالة ، وهو ما يتفق مع الفقه الأمريكى في هذا الرأى .

Trechsel, Ensuring the right to effective counsel for the defense, Rev inter, de droit pénal, 3 et 4 tr. 1992, p.722.

(١) الدستورية العليا في ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ ، القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ٤ يونيو سنة ١٩٩٢ (العدد ٢٣) .

المحكمة لا تملك إدانة المتهم بأدلة الاتهام إلا على أساس اليقين القضائي ، فإنها تملك تقرير براءته على أساس مجرد الشك في هذه الأدلة استصحاباً على أصل البراءة . فحق الدفاع ينطلق من أصل عام ، بخلاف الاتهام ، مما لا يجوز معه إعطاء أى تفوق للاتهام . هذا إلى أن حق الدفاع يركز على أساس دستوري ، أما حقوق الاتهام فإنها تركز على أساس تشريعي لتحقيق المصلحة العامة . ولا شك أن المصلحة العامة في قمتها لا تتحقق بإحالة الأدلة في الظلام ، فالشفافية والمصادقية إطار لازم لا يتوافر بدونه إعلاء حق الدفاع .

٢٧٦- (خامساً): كفالة محام عن المتهم بجناية

تنص المادة ٦٧ / ٢ من الدستور على أن كل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه . وأكد قانون الإجراءات الجنائية هذا المبدأ (المادة ١٨٨) . وهذا المبدأ وإن تعلق بحق الدفاع ، إلا أنه لا يتوقف على مشيئة المتهم أو حريته ، بل هو أمر يتعلق بالممارسة القضائية ذاتها أمام محكمة الجنايات . فهذه المحكمة التي تنظر جرائم جسيمة لابد أن تقترن المحاكمة أمامها عن الجنايات لوجود محام عن المتهم^(١) . فإذا لم يكن له محام ندبت له المحكمة محامياً يدافع عنه . ويجب ألا يكون التدب لمجرد استيفاء شكل من الأشكال ، وإنما يجب أن يحقق الغاية التي توخى الدستور تحقيقها بأن يحقق دفاعاً فعالاً عن المتهم . فلا يتحقق هذا الضمان إذا لم تتح المحكمة الوقت الكافي للمحامي المتدب في الدفاع عن المتهم . كما لا يتحقق الضمان المذكور إذا كان المحامي غير مسموح له بالمرافعة أمام محكمة الجنايات . وبدون احترام هذا الضمان لا تتحقق المحاكمة القانونية (المنصفة) أمام محكمة الجنايات . ويعتبر من قبيل عدم الفاعلية في الدفاع أن يتولى محام واحد الدفاع عن متهمين رغم تعارض مصلحتهما .

هذا الضمان ليس مجرد مظهر شكلي فلا قيمة له ما لم تتوافر فيه مقومات الفاعلية^(٢) ، وذلك على الوجه الآتي :

(١) دستورية عليا في ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا ، س ٥ (المجلد الأول) ص ٣٨٥ .

(٢) قضى بأنه متى كان الثابت أن محامياً قد حضر عن المتهم بجناية فإنه لا يجديده أن يكون اسم المحامي الثابت حضوره معه قد وقع به خطأ مادي لأن مثل هذا الخطأ يفرض حصوله لا يؤثر في سلامة الحكم أو يبطله (نقض ٥ يناير سنة ١٩٧٠ ، مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ٨ ص ٣٩) .

١- يجب أن يتمكن محامي المتهم من متابعة إجراءات المحاكمة بالجلسة من أولها إلى آخرها: مما يجب معه أن يكون قد سمع الشهود قبل المرافعة. فإذا سمعت الشهود في حضور محام آخر، ولما وكل عنه الدفاع عن المتهم طلب إعادة سماع الشهود في حضوره تعين إجابته إلى طلبه تمكيناً له من إعداد دفاعه الذي يقتضى مناقشة هؤلاء الشهود^(١). وإذا استمرت المرافعة عدة جلسات وحضر المحامي إحداها وغاب البعض الآخر كانت المحاكمة باطلة.

٢- الأصل أن المتهم حر في اختيار محاميه، وأن حقه في ذلك مقدم على حق المحكمة في تعيينه، فإذا اختار المتهم محامياً، فليس للقاضي أن يفتات على اختياره ويعين له مدافعاً آخر، إلا إذا كان المحامي المختار قد بدا منه ما يدل على أنه يعمل على تعطيل السير في الدعوى^(٢). وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن اختيار الشخص لمحام يكون قادراً على تحمل أتعابه، وإنما يتم في إطار علاقة قانونية قوامها الثقة المتبادلة بين طرفيها، ويتعين بالتالي أن يظل هذا الحق في الاختيار محاطاً بالحماية التي كفلها الدستور لحق الدفاع^(٣). وإذا لم يحضر المحامي الموكل عن المتهم ورفضت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لحضوره ونذبت محامياً آخر يترافع في الدعوى، فإن ذلك لا يعد إخلالاً بحق الدفاع، ما دام المتهم لم يبد أى اعتراض على هذا الإجراء ولم يتمسك أمام المحكمة بطلب تأجيل نظر الدعوى حتى يحضر محاميه الموكل^(٤). وإذا كان المتهم قد وكل اثنين

(١) انظر نقض ٤ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س ٣ رقم ٢٣٥ ص ٦٨٤، ٨ مارس سنة ١٩٦٠ س ١١ رقم ٤٤ ص ٢١٨، ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦١ س ١٢ رقم ١٧٤ ص ٨٧٧، ٢٩ مارس سنة ١٩٦٤ ص ١٥ رقم ٤٥ ص ٢٢١، أول يونية سنة ١٩٦٤ س ١٥ رقم ٨٨ ص ٤٥٢، ٤ يناير سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ٢ ص ١٧، وقد قضى بأنه إذا كان المتهم لم يتمسك بضرورة حضور المحامي الموكل عنه سماع الشهود في الجلسة الأولى، فلا يقبل منه النعى على المحكمة بأن محاميه لم يحضر إلا في الجلسة التالية ولم يتناول ما استجد بالجلسة الأولى بحضور المحامي الذي أنابه (نقض ٢٣ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد ج ٧ رقم ٦١٥ ص ٨٩٣).

(٢) نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ١٨٥ ص ٩٢٦.

(٣) دستورية عليا في ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، وبناء على ذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا في الحكم المذكور بعدم دستورية نص المادة (١/١٥) من قانون المحاماة الذي حظر على الوزراء السابقين والمستشارين السابقين وأساتذة القانون بالجامعات المصرية المرافعة إلا أمام محكمة النقض وما يعادها ومحاكم الاستئناف وما يعادها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإداري.

(٤) نقض ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ٢٠٨ ص ٢٠١٨، ٢٩ إبريل سنة ١٩٧٤ س ٢٥ رقم ٩٤ ص ٤٣٨. قارن عكس ذلك نقض ٢٦ يولية سنة ١٩٩٠ الطعن رقم ٢٨٩٣٦ سنة ٥٩ق.

من المحامين للدفاع عنه واتفق المحاميان على المشاركة في إبداء الدفاع وتقسيمه بينهما ثم حضر أحدهما الجلسة وتمسك بطلب تأجيل نظر الدعوى لحضور زميله الذى حال عذر قهرى دون حضوره إلا أن المحكمة التفتت عن هذا الطلب رغم إصراره عليه اكتفاء بحضور المحامى الأول دون أن تبرر علة عدم إجابة طلب التأجيل . فإن ذلك منها يعد إخلالا بحق الدفاع^(١).

٣- يجب ضمان عدم التعارض بين المتهمين عند وحدة الدفاع عنهم : فإذا كان فى الدعوى أكثر من متهم وتعارضت مصالحهم تعارضا فعليا بحيث كان الدفاع عن أحدهم يستوجب الطعن فى الآخر، فيجب أن يكون لكل متهم محام خاص ، لأن تولى محام الدفاع عنهم ينطوى على إخلال بحقوقهم فى الدفاع^(٢) . فمثلا إذا اعترف أحد المتهمين على نفسه وعلى غيره اعتبر هذا المتهم شاهداً إثباتاً ضد المتهم الآخر فلا يجوز أن يتولى محام واحد المرافعة عن المتهمين المذكورين^(٣) . على أنه إذا كان ثبوت الفعل المكون للجريمة فى حق أى متهم لا يؤدى إلى تبرئة الآخر من التهمة المنسوبة إليه ، فإن مصلحة كل منهم فى الدفاع لا تكون متعارضة مع مصلحة الآخر ، وذلك بأن تعارض المصلحة الذى يوجب أفراد محام خاص لكل متهم يتولى الدفاع عنه أساسه الواقع ، ولا يبنى على احتمال ما كان يسع كل متهم أن يبيده من أوجه الدفاع ما دام لم يبيده بالفعل^(٤) . فإذا كان الثابت من الحكم أنه قد انتهى إلى أن الطاعنين ارتكبا معا فعل القتل واعتبرهما فاعلين أصليين فى هذه الجريمة ، وكان القضاء بإدانة أحدهما - كما يستفاد من أسباب الحكم - لا يترتب عليه القضاء ببراءة الآخر وهو مناط التعارض الحقيقى بحق الدفاع لا يعيب الحكم^(٥).

(١) نقض ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٧٤ مجموعة الأحكام س ٢٥ رقم ١٤٨ ص ٦٩١ .

(٢) نقض ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد س ١٨ رقم ١١٣ ص ١٠٩ ، ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة الأحكام س ٤ رقم ٢٠ ص ٤٧ ، ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ س ٧ رقم ٣٦ ص ١٠٤ ، ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٨ س ٩ رقم ٢١١ ص ٨٥٩ ، ٣٠ مارس سنة ١٩٥٩ س ١٠ رقم ٨٢ ص ٣٦٩ ، ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٧٢ ص ٧٠٧ ، ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٨٢ ص ٧٤٥ ، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ س ٣٠٣١٩ ص ١٠٠٠ .

(٣) نقض ٢٤ يونيو سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام س ١٩ رقم ١٥١ ص ٧٥٠ ، مايو سنة ١٩٩١ الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٦٠ ق .

(٤) نقض ٢٤ يونيو سنة ١٩٦٨ ، مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ١٥١ ص ٧٥٠ .

(٥) نقض ٨ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة الأحكام س ٢٠ رقم ٤ ص ٢٤ .

٤- أن المتهم في الدعوى هو الخصم الأصيل فيها: أما المحامي فمجرد نائب عنه .
فحضور محام مع المتهم لا ينفي حق هذا الأخير في أن يتقدم بما يعن له من دفاع أو طلبات ، وعلى المحكمة أن تستمع إليه ولو تعارض ما يبيده المتهم من وجهة نظر محاميه ، وعليها أن ترد على دفاعه . طالما كان جوهريا^(١).

٥- يجب أن يكون المحامي قادرا على الدفاع: إن اشتراط حضور محام مع المتهم في جنائية يجب أن يكون فعالا، وهو ما لا يتيسر إلا إذا كان المحامي قادرا على الدفاع عن المتهم . فلا يجوز تشويه هذا الضمان واعتباره مجرد مظهر شكلي خال من المضمون . وتطبيقا لذلك ، فإن المحامي لا يعتبر قادرا على الدفاع إذا كانت المحكمة قد انتدبته في الجلسة ولم تنح له الوقت الكافي للاطلاع حتى ولو قبل المحامي ذلك ، أو إذا ثبت أن المحامي كان جاهلا بالقانون الذي يحاكم المتهم بمقتضاه^(٢) ، أو أن يطلب من المتهم في ختام المرافعة أن يعترف بالتهمة دون مبرر^(٣) ، أو أن ينضم إلى الاتهام نظرا لبشاعة التهمة ، فذلك موقف عاطفي انفعالي خال من أى مضمون للدفاع . على أنه لا يمس قدرة المحامي على الدفاع أن يطلب الرأفة بالمتهم بدلا من الحكم ببراءته^(٤) ، أو أن يكتفى بالانضمام إلى زميله المحامي^(٥).

(١) انظر نقض ١٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ١١٥ ص ٥٧٦ .

(٢) Lunce V. Ovnlade, F. 1957, George and others, P. X. 18.

(٣) Bovey V. Gransinger, 8th. Crim., C. of App. F. 1958 (George and others, P. X. 18.

(٤) نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد جـ ٤ رقم ٣٤١ ص ٤٤٦ ، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٠٠٨ .

(٥) نقض أول إبريل سنة ١٩٣٥ ، مجموعة القواعد س ٣ رقم ٣٥٤ ص ٤٥٦ .

الفصل الثالث

ضمانات المحاكمة المنصفة

في مرحلة «المحاكمة»

٢٧٧-تمهيد

نعرض فيما يلي لضمانات المحاكمة المنصفة في مرحلة «المحاكمة» ، وهى من نوعين :
نوع يتعلق بسير إجراءات المحاكمة ، ونوع آخر يتعلق بإصدار الحكم .

المبحث الأول

الضمانات المتعلقة بسير إجراءات المحاكمة

٢٧٨- (أولاً): علانية إجراءات المحاكمة

ينال هذا المبدأ قيمة دستورية ، فقد نصت المادة ١٦٩ من الدستور المصرى على أن
(جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو
الآداب . وفى جميع الأحوال يكون النطق بالحكم فى جلسة علنية) .

فمن خلال هذه العلانية تتضح لأطراف الخصومة حقوقهم والتزاماتهم فى المحاكمة
الجارية لاستخدامها لضمان محاكمة قانونية (منصفة) . فلهذه العلانية قيمة أساسية
تسهم فى ضمان حياد الذين أناط بهم القانون مهمة القضاء فى الدعوى ، وتكفل
للمواطنين وسيلة التحقق من ضمانات المحاكمة التى بدونها تفقد طابعها القانونى (أو
المنصفة) . وبعبارة أخرى فإن الطابع العلنى لإجراءات المحاكمة هو وسيلة الرقابة
الحالة لفاعلية العدالة . وفى هذا الصدد قال أحد الفقهاء الإنجليز بأن القضاة الإنجليز
كانوا (أفضل قضاة العالم لأنهم كانوا أفضل الخاضعين للعلانية) . وقد قيل بأن علانية

الإجراءات القضائية تخول المواطنين وسيلة التحقق مباشرة أو بواسطة الصحافة من توافر الشروط التي تتم فيها مباشرة القضاء باسمهم ، وأن هذا الضمان يتجاوز إلى حد كبير الضمانات المخولة لأطراف الدعوى . وقيل بأن العلانية هي ضمان عدم الشك في حياد القضاة بواسطة الجمهور^(١) .

وقد انتهت المحكمة العليا التي كانت تختص بالرقابة على دستورية القوانين إلى أن المادة ١٦٩ من الدستور التي نصت على علانية الجلسات تنطبق على الأحكام التي تصدر من المحاكم بالمعنى الضيق دون سواها من الهيئات القضائية^(٢) . ومن ثم ، فلا تسري العلانية على الأوامر الجنائية ، ولا على مجالس التأديب .

ولا يستبعد هذا الضمان الدستوري إلا الحماية قيمة دستورية أخرى تتمثل إما في حماية الحق في الحياة الخاصة ، أو في حماية النظام العام أو الآداب .

وقد كفل الدستور حماية الحق في الحياة الخاصة في المادة ٤٥ / ١ . وتطبيقا لذلك ، نصت المادة ٨٧١ من قانون المرافعات على نظر دعاوى الأحوال الشخصية في غرفة المشورة . ونص قانون العقوبات في المادة ١٩٣ المضافة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ على حظر نشر أخبار بشأن التحقيقات أو المرافعات في دعاوى الطلاق والتفريق أو الزنا ، وعاقب على مخالفة هذا الحظر بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين .

وقد أجازت المادة ١٠١ من قانون المرافعات للمحكمة سماع الدعوى في جلسة سرية لحماية حرمة الأسرة . ويقصد بذلك كل ما يتصل بكيانها وشرعيتها ، وهو أمر يدخل في نطاق الحق في الحياة الخاصة . ونص قانون العقوبات في المادة ١٨٩ على معاقبة كل من نشر بإحدى طرق العلانية ذكر ما جرى في الدعاوى المدنية أو الجنائية التي قررت المحاكم سماعها في جلسة سرية .

كما كفل الدستور المصري حماية النظام العام والآداب ، فنص في المادة ١٦٩ على أن جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو

(١) انظر هذه الأقوال مشارا إليها في مؤلف :

Thierry Renoux, op. cit., 393, 394.

(٢) المحكمة العليا في أول إبريل سنة ١٩٧٨ في القضية رقم ١٧ لسنة ٧ قضائية عليا «دستورية» .

الآداب . وقد أكدت ذلك المادة ٢٦٨ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية فنصت على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب . كما نصت المادة ٨٥ / ٤ من قانون العقوبات على أنه يعتبر سرا من أسرار الدفاع الإجراءات التي تتخذ لمحكمة مرتكبي الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج ، على أنه يجوز للمحكمة - مع ذلك - أن تأذن بإذاعة ما تراه من مجريات المحاكمة .

٢٧٩- (ثانياً): سرعة الفصل في الدعوى

نصت المادة ٦٨ / ١ من الدستور المصرى على أن تكفل الدولة سرعة الفصل في الدعوى . ونصت المادة ١٤ / ١٣ (جـ) من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على أن لكل فرد عند النظر في أية تهمة جنائية ضده الحق في أن تجري محاكمته دون تأخير زائد عن المعقول . ونصت المادة ٦ / ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على وجوب أن تجري المحاكمة خلال وقت معقول . وقد أكد هذا الضمان التعديل السادس للدستور الأمريكى ، ونص عليه التعديل الرابع لكى يطبق على جميع الولايات . ويستند هذا الضمان إلى كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتهم .

فالمصلحة العامة تقتضى سرعة الانتهاء من المحاكمة الجنائية تحقيقاً للردع العام الذى يتوخاه العقاب ، وهو أمر يتطلب السرعة في توقيعه بعد وقوع الجريمة . هذا بالإضافة إلى عدم فاعلية الردع الخاص وإعادة تأهيل المجرم ، لأن التأخر في ذلك يضعف جدواه . هذا إلى جانب ما تتكبده الدولة من نفقات بسبب طول الإجراءات^(١) .

أما المصلحة الخاصة للمتهم فتتوافر في وضع حد للآلام التى يتعرض لها بسبب وضعه موضع الاتهام ، مما يمس شرفه واعتباره وقدره بين الناس ، وخاصة في ضوء علانية إجراءات المحاكمة ، وهى آلام نفسية تلحق به وبأسرته . كما أن انتظار المتهم وقتاً طويلاً للمحاكمة قد يؤدي إلى إضعاف قدرته على جمع الأدلة التى تفند أدلة الاتهام ، كما أنها قد تؤدي إلى إصابة الشهود بالنسيان مما يؤثر في معرفة الحقيقة^(٢) .

(١) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية Barker V. wing مشاراً إليه في :

(407 U.S. 514, 519 - 520) Charles H. Whitebread, Criminal procedures, New York, 1980.

(٢) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية U.S.V. Ewill مشاراً إليه في المرجع السابق

(383 U.S. 116,86) p.475.

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر^(١) بقولها إن سرعة الفصل في الدعوى جزء من الحق في محاكمة منصفة، فلا يجوز أن يكون الاتهام متراخيا أو معلقا أمدا طويلا بما يثير قلق المتهم، ويعوق بالضرورة مباشرته للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وعلى الأخص ما تعلق فيها بحرية التعبير، وحق الاجتماع، والإسهام في مظاهر الحياة العامة، وقد يلحق به احتقار فيما بين مواطنيه أو يفقده عمله، كما أن محاكمة المتهم بطريقة متأنية تمتد إجراءاتها زمنا مديدا، يعرقل خطاه، ويقترب بمخاطر تتهدد بها فرص الاتصال بشهوده، ويرجح معها كذلك احتمال اختفائهم، ووهن معلوماتهم في شأن الجريمة حتى مع وجودهم، وهو كذلك يثير داخل كل متهم اضطرابا نفسيا عميقا ومتصلا، إذ يظل ملاحقا بجريمة لا تبدو لدائرة شرورها نهاية، وقد يكون سببها أن الاتهام ضده كان متسرا مفتقرا إلى دليل.

ولا يعنى هذا الضمان التسرع في المحاكمة، فذلك عيب قد يؤذى المتهم، لأنه يحتاج إلى وقت لإعداد دفاعه. ولهذا فإن السرعة المطلوبة للفصل في الدعوى هي السرعة المعقولة. فالحق في سرعة المحاكمة لا يعنى تقويض بنيانها من خلال اختصارها واختزال إجراءاتها، بما يفقدها ضماناتها^(٢).

وقد حرص القانون المصرى على النص على هذا الضمان صراحة في بعض النصوص. ومن أمثلة ذلك نص المادة ٢٧٦ مكررا إجراءات التي نصت على أن يحكم على وجه السرعة في القضايا الخاصة بالأحداث والخاصة بالجرائم المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثاني مكرر والثالث والرابع والرابع عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات والجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٦ و ٣٠٧ و ٣٠٨ من قانون العقوبات إذا وقعت بواسطة الصحف والقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر المعدلة بالقانون رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٥٤.

ويكون تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة في القضايا المبينة بالفقرة السابقة قبل انعقاد الجلسة بيوم كامل في مواد الجرح وثلاثة أيام كاملة في مواد الجنائيات غير مواعيد مسافة الطريق.

(١) دستورية عليا في ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٦٤ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد رقم ٨ في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

(٢) دستورية عليا في ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ سالف الإشارة إليه.

ويجوز أن يكون الإعلان بواسطة أحد المحضرين أو أحد رجال السلطة العامة . وتنظر القضية في جلسة تعقد في ظرف أسبوعين من يوم إحالتها على المحكمة المختصة وإذا كانت القضية محالة على محكمة الجنايات يقوم رئيس محكمة الاستئناف المختصة بتحديد جلسة في الميعاد المذكور.

ونصت المادة ١٢٣ / ٣ لإجراءات على أنه لا يجوز تأجيل نظر الدعوى في جرائم القذف بطريق النشر في إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أكثر من مرة واحدة لمدة لا تزيد على ثلاثين يوما وينطق بالحكم مشفوعا بأسبابه . وقد كانت الفقرة الثانية من هذه المادة توجب على المتهم أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له وعلى الأكثر في الأيام الخمسة التالية بيان الأدلة على كل فعل أسند إلى موظف عام أو شخص ذى صفة نيابة عامة أو مكلف بخدمة عامة وإلا سقط حقه في إقامة الدليل على صحة هذا الفعل (على النحو المشار إليه في المادة ٣٠٢ / ٢ عقوبات) ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قضت بعدم دستورية هذه الفقرة لما رأت أنه من أن هذا القيد الزمنى يعتبر تقييدا لحق الدفاع^(١).

ونصت المادة ٢١ من قانون مكافحة الدعارة لسنة ١٩٦١ على أن المحكمة تفصل في الدعوى الخاصة بجرائمه على وجه الاستعجال في مدة لا تتجاوز ثلاثة أسابيع .

ويلاحظ أن هذه النصوص لا تحصر الأحوال التى تجب فيها سرعة الفصل في الدعوى الجنائية ، وإنما تذكر بوجه خاص أحوالا معينة على سبيل التخصيص وليس على سبيل الحصر . فسرعة الفصل في الدعوى في ميعاد معقول واجب عام تلتزم به المحاكم تحقيقا لكل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة . ولاشك أن معقولية الموعد الذى يتعين فيه الفصل في الدعوى يتوقف على ظروف كل قضية ، فهى أمر نسبى يتوقف تحديده على واقعة كل دعوى ، ويقع على عاتق قاضى الموضوع تقدير عناصر الواقعة وطبيعتها التى يتوقف عليها تحديد الميعاد المعقول للفصل في الدعوى . ويسهم بالإضافة إلى ذلك سلوك أطراف الدعوى (المتهم والادعاء) فى التعاون مع المحكمة لسهولة الفصل في الدعوى . مع ملاحظة أنه لا يجوز التضحية بحق الدفاع في سبيل هذه السرعة ، لأن هذا الضمان لا يجوز أن يكون على حساب ضمان آخر.

(١) دستورية عليا في ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ ، الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية» .

وقد ثار البحث عن الجزاء المترتب على الإخلال بضمان سرعة الفصل في الدعوى ، وقد اختلفت التشريعات في هذا الصدد على النحو الآتي :

١- تحديد فترة زمنية يجب خلالها الانتهاء من المحاكمة مع بيان الاستثناءات التي يجوز بسببها إطالة هذه الفترة . وهذه المدة تبدأ منذ التحقيق في الدعوى قبل بدء المحاكمة . وقد أجازت بعض التشريعات رفض الاتهام (كما في القانون الفيدرالي الأمريكي) لسرعة المحاكمة الصادر سنة ١٩٧٤^(١) . وفي هذا المعنى أصدرت المحكمة العليا في اليابان في ١٦ ديسمبر ١٩٧٤ حكماً يقول بأنه إذا طالّت مدة الإجراءات الجنائية مما ألحق الضرر بحق المتهم في الدفاع عن نفسه ضد التهمة ، فإن المحكمة يجوز لها أن تصدر حكماً بعدم قبول الاتهام بناء على ما نص عليه الدستور الياباني من سرعة المحاكمة (المادة ١/٧٣)^(٢) .

٢- اتجهت بعض التشريعات إلى بعض الإجراءات الوقائية ، مثل الحكم بالبطلان^(٣) ، أو تحويل رئيس المحكمة اتخاذ الخطوات اللازمة لسرعة الفصل في الدعوى^(٤) . ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ١٤٣ / ٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي جرى نصها على أنه يتعين عرض الأمر على النائب العام إذا انقضى على حبس المتهم احتياطياً ثلاثة شهور ، وذلك لاتخاذ الإجراءات التي يراها كفيلة لانتهاء من التحقيق .

٣- تقرير بعض الجزاءات التي تتمثل إما في أن تقضى المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى التي طالّت فيها إجراءات المحاكمة ، أو الحكم بالغرامة على المتسبب في التأخير^(٥) .

(١) Charles H. Whitebread, Criminal procedure, An Analysis of constitutional cases and con-
cepts, mineala, New York, 1980, p.478.

Hideo Niwayama

(٢) انظر التقرير الياباني

في المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات (هامبورج سنة ١٩٧٩) .

Rev. inter. de droit pénale, 1978, No.3, p.220.

Karl Muller, Rev. inter de droit pénal, 1978, No.3, p.53.

(٣) انظر التقرير النمساوي :

Mamcilo Garubac, Rev. inter de droit pénal, 1978, No.3, p.422.

(٤) انظر التقرير اليوغسلافي :

Alfonso Reyes, Rev. Int. de droit pénal, 1978, p.102.

(٥) انظر التقرير الكولومبي :

٤- تقادم الدعوى الجنائية إذا مضت المدة المقررة للتقادم منذ اليوم التالى لتاريخ آخر بإجراء من إجراءات الانقطاع . وقد كان قانون الإجراءات الجنائية المصرى ينص فى المادة ٣/١٧ على عدم جواز أن تطول المدة المقررة لانقضاء الدعوى الجنائية بسبب الانقطاع لأكثر من نصفها ، وذلك حتى لا يظل المتهم مهددا بالدعوى مهما تقادم العهد على الجريمة ، إلا أن هذه الفقرة ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ٤٣٠ لسنة ١٩٥٢ .

وقد لاحظت لجنة حقوق الإنسان المختصة بتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أن نقطة البداية فى احتساب المدة المعقولة للمحاكمة يجب أن تحسب قبل دخول الدعوى حوزة المحكمة ، وأن ينظر إلى التاريخ الذى أصبح فيه الشخص متهما^(١) .

وتقديرا للتوازن بين مختلف الحقوق والحريات نصت المادة ٥٧ من الدستور على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم . وتطبيقا لهذا النص ، جاء القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ فأضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية نصت على أنه فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ١١٧ و ١٢٦ و ١٢٧ و ٢٨٢ و ٣٠٩ مكررا و ٣٠٩ مكررا من قانون العقوبات والتى تقع بعد تاريخ العمل بهذا القانون ، فلا تنقضى الدعوى الجنائية الناشئة عنها بمضى المدة^(٢) . وقد راعى المشرع فى استبعاد هذا النوع من الجرائم من نطاق التقادم إهدارها لحقوق لها أهميتها ووزنها فى المجتمع الديمقراطى . وقضت محكمة النقض بأن مفاد النص الدستورى أن الاعتداء الذى منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها فى غير الحالات التى يقرها القانون ،

(١) قرار لجنة حقوق الإنسان فى ٩ مايو سنة ١٩٨٣ - مشار إليه فى مؤلف :

Jacques Velu, Rusinerg, La convention Européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 1990, p.440.

(٢) يشير هذا النص إلى جرائم استخدام العمال سخرة ، وتعذيب متهم لحمله على الاعتراف ، ومعاقبة محكوم عليه بعقوبة لم يحكم بها أو بأشد مما حكم به ، وحصول القبض بغير حق من شخص تزيا بدون زى مستخدمى الحكومة ، والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطن .

وقضت بأن نص المادة ٥٧ من الدستور صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة إلى سن تشريع آخر أدنى في هذا الخصوص^(١).

وقد نصت بعض الاتفاقيات الدولية على عدم تقادم الدعوى الجنائية في نوع خطير من الجرائم. مثال ذلك، اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٨ والتي بدء نفاذها في ١١ نوفمبر سنة ١٩٨٠.

المبحث الثاني

الضمانات المتعلقة بإصدار الحكم

٢٨٠- (أولاً): لا عقوبة بغير حكم قضائي

نصت المادة ٦٦ من الدستور على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي. وقد بينا أنه يتعين لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة ثم تحديد مضمون حق الدولة في العقاب بواسطة الحكم القضائي، وهو ما لا يتيسر إلا بواسطة قضاء الحكم. فهذا الحكم هو الذي يؤكد لنصوص قانون العقوبات القوة والفاعلية عند مخالفتها، لأنه هو الذي يكفل في هذه الحالة وضعها موضع التطبيق. وهذا هو صميم الوظيفة القضائية ذاتها. وتبدو الحاجة ملحة إلى القضاء في تحديد مضمون حق العقاب في مواجهة المتهم؛ بالنظر إلى ما ينطوي عليه هذا التحديد من مساس جسيم بالحرية الشخصية. فإذا جاز للخصم في الدعوى المدنية أن يحصل على حقه بطريق الصلح، فإن ذلك غير جائز في الدعوى الجنائية لتعلقها بحرية المتهم. هذا مبدأ أصولي في القانون، ولا يحول دون تقريره أى رغبة في سرعة الإجراءات الجنائية أو اختصارها في الجرائم البسيطة، فإن أجاز القانون الصلح أو التصالح لإنهاء الدعوى الجنائية، فإن مبلغ الصلح لا يمكن اعتباره عقوبة بأى حال من الأحوال. فما الصلح إلا تصرف قانوني بين طرفين ولا يعتبر حكماً صادراً باسم الشعب فاصلاً في الدعوى الجنائية.

(١) نقض مدني في ١٥ فبراير سنة ١٩٧٩، مجموعة الأحكام س ٣٠ قاعدة رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ وقضى بأن المادة ٢٨٠ عقوبات من بين الجرائم التي يسري عليها القانون ٣٢ لسنة ١٩٧٢. (نقض جنائي ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥، مجموعة الأحكام س ٢٦ ص ٣٥٨).

وتكشف قاعدة أنه (لا عقوبة بغير حكم قضائي) عن مدى التلازم بين المحاكمة المنصفة، وشرعية الجرائم والعقوبات. فوفقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا جريمة ولا عقوبة ما لم تكن بناء على قانون. ولما كان القاضى هو المنوط به وحده تطبيق القانون وتأكيد فاعليته، فإنه بناء على ذلك، لا توقع العقوبة بغير حكم قضائي.

وتطبيقا لهذا، قررت المحكمة العليا^(١) التى كان لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين، عدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٠ التى جعلت عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة تتم بقوة القانون بشرطين معينين^(٢)، مما يفيد أن الشرطة هى الجهة المختصة بإعماله، وأوصت بتعديل القانون لى يتفق مع الدستور. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ^(٣) وقضت بعدم دستورية هذا النص عندما لم يستجب المشرع لتوصية المحكمة العليا وفقا للتفسير سالف الذكر. وتأتى أهمية الحكم القضائي الصادر بالعقوبة فى أنه هو الذى يضع حدا لأصل البراءة، طالما أصبح باتا أى غير قابل للطعن^(٤).

٢٨١- معالجة الدعوى الجنائية بغير قضاء الحكم

يقتضى التدخل فى الدعوى الجنائية تمحيص الأدلة، وفحص شخصية المتهم، وتبينة جميع العناصر اللازمة لإصدار الحكم. ونظرا لما يستغرقه هذا البحث من إجراءات قد يطول مداها، اتجه التفكير إلى معالجة الدعوى الجنائية بغير طريق القضاء الجنائي أو بغير طريق القضاء كله.

أما عن استبعاد الدعوى من ساحة القضاء الجنائي، فهو يعكس اتجاهها حديثا يسمى «بعدم العقاب *Dépenalisation*»^(٥) ويقصد بهذا الاتجاه إخراج الدعوى من

(١) المحكمة العليا فى ٥ إبريل سنة ١٩٧٥ فى طلب التفسير رقم ٥ لسنة ٤ قضائية عليا.
(٢) أولها: أن تتوافر فى الشخص حالة الاشتباه المنصوص عليها فى المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم. ثانيها: أن يكون قد صدر أمر باعتقاله لأسباب تتعلق بالأمن العام.
(٣) دستورية عليا فى ١٥ مايو سنة ١٩٨٢ فى القضية رقم ٢٩ سنة ٣ قضائية «دستورية».
(٤) دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧.
(٥) وقد ظهر هذا الاتجاه فى المؤتمر السادس لوزراء العدل فى أوروبا المنعقد سنة ١٩٧٠. انظر: =

اختصاص القضاء الجنائي لكى تدخل فى اختصاص القضاء المدنى أو الإدارى مع تجزئتها من العقوبات المقررة لها واعتبارها قابلة لجزاءات أخرى غير عقابية .

ويرى البعض أن هناك حاجة سريعة إلى تطبيق هذا الاتجاه فى الجرائم التى لا يوجد فيها مجنى عليهم أو فى جرائم الأحداث . واقترح البعض فى الدول الإسكندنافية ودول أوروبا الغربية «عدم العقاب» على جرائم المرور، والقذف، والسرقه البسيطة، والامتناع عن دفع النفقة^(١).

وبالنسبة إلى إخراج الدعوى الجنائية من نطاق القضاء بأسره، فهو اتجاه يهدف إلى المعالجة غير القضائية للجرائم للتخفيف من حدة الإجراءات الجنائية التقليدية بقدر الإمكان من خلال التوفيق والتصالح، دون المساس بوجوب الالتجاء إلى الدعوى الجنائية بإجراءاتها التقليدية لمواجهة الجرائم التى تمثل تهديدا جسيما للصالح العام . ويؤدى هذا الاتجاه إلى التقليل من عدد الأشخاص الذين يتعرضون للإجراءات الماسة بالحرية الشخصية بسبب إمكان تقديمهم للمحاكمة أمام القضاء الجنائي . وقد بدأ الخروج عن السير الطبيعى للإجراءات الجنائية فى نهاية القرن التاسع عشر وفى أوائل القرن العشرين، حين بدأت بعض التشريعات فى تنظيم محاكم خاصة للأحداث تكفل إبعادهم عن جو المحاكمة الجنائية، ومعاملتهم على نحو أقل شدة . وامتد نطاق هذه المعاملة الخاصة إلى البالغين فى ضوء شخصيتهم الإجرامية تحت تأثير تعاليم السياسة الجنائية الحديثة التى بدأت منذ المدرسة الوضعية .

وتتمثل معظم تجارب الدول فى الخروج على الإجراءات الجنائية التقليدية التى يباشرها القاضى، فى إحدى وسيلتين هما :

١- التدخل الاجتماعى، وذلك عن طريق الأسرة أو الجماعة لحل المشكلة المترتبة على الجريمة فى مجاها الخاص بعيدا عن تدخل الشرطة أو القضاء .

Nations Unies; document A/Conf. 65/4, législation criminelle, procédures judiciaires et = autres forms de controle social dans la prévention du crime, document de travail présenté au 56 congrés des Nations Unies pour la prévention de crime et le traitement des délinquants.p.55-65.

(١) انظر وثيقة الأمم المتحدة المشار إليها فى الهامش السابق .

وقد تتدخل الشرطة فتحيل المشكلة المترتبة على الجريمة إلى الأسرة أو إلى الجماعة لحلها بدلا من رفع الأمر إلى النيابة العامة .

٢- الفصل في الدعوى بغير حكم عن طريق إنائها في المرحلة الأولى من الإجراءات الجنائية عن طريق الصلح الجنائي في الجرائم البسيطة ، كبديل عن رفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة ، وهو ما توسع فيه التعديل الجديد لسنة ١٩٩٨ لقانون الإجراءات الجنائية ، أو عن طريق منح النيابة العامة سلطة تقدير مدى ملاءمة رفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة .

ونظرا إلى أن الالتجاء إلى هاتين الوسيلتين قد يمس مبدأ المساواة أمام القانون ، فيجب أن تخضع لمبادئ عامة معروفة للجميع . وتتفق الغاية من هذه الوسائل مع دور القاضي الجنائي في المجتمع الحديث ، فهو ليس مجرد أداة لمعالجة المعلومات القانونية ، وإعطاء الحلول للمشكلات المعروضة عليها^(١) . وإنما يقوم بتحقيق غاية اجتماعية هي إعادة تأهيل المجرم للحياة الاجتماعية . وفي إطار هذا الدور الاجتماعي للقاضي ، فإن ابتسار الإجراءات ، وعدم عرضها على القضاء من أجل تحقيق مصلحة اجتماعية ، لا ينطوي على المساس بضمان الفصل في الدعوى بواسطة القضاء . فهذا الضمان لا تبدو الحاجة إليه وفقا للشرعية الدستورية إلا عندما يحتاج الأمر إلى توقيع عقوبة على المتهم . هنا تتعرض الحرية الشخصية للخطر مما يتعين معه حمايتها عن طريق الإشراف القضائي على هذا الإجراء^(٢) .

٢٧٦- الضمان القضائي في التدابير المانعة

ويثور البحث حول أهمية الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية التي تتخذ لفرض التدابير المانعة ، وهي التدابير التي يقرها القانون لمواجهة الخطورة الاجتماعية لبعض الأشخاص قبل ارتكابهم الجريمة ، مثل حالة التشرد ، وحالة الاشتباه ، والحالة النفسية المترتبة على الإدمان على المخدرات . وقد اختلف في تحديد الإطار الإجرامى للتدابير

Nations Unies. Document A/Conf.56/4.

(١)

HERZOE; Introduction juridique au problème de l'état dangereux, Deuxième Cours international de criminologie, Paris, p.345-535.

(٢)

الممانعة، فذهب البعض إلى ضرورة تنظيمها في إطار الإجراءات الجنائية الإدارية. بينما ذهب رأى ثانى إلى اعتبار هذه التدابير الممانعة من اختصاص المحكمة المدنية وإبعادها عن النطاق الجنائى^(١)، والواقع من الأمر أن دعوى التدبير الممانعة تهدف إلى التحقق من واقعة متنازع عليها هى الخطورة الاجتماعية، وإلى اتخاذ تدابير ماسة بالحرية الشخصية وهو ما يوجب إخضاعها لإشراف القضاء. وشأن هذه التدابير فى المساس بالحرية شأن العقوبات ومن ثم يجب أن تكون بحكم قضائى. وقد نصت بعض التشريعات العربية على اختصاص القضاء بفرض هذه التدابير، مثال ذلك قانون الإجراءات الجنائية الكويتى (المادة ٢٣)، والقانون العراقى (المادة ٧٧) والقانون السودانى (المادتان ٨١ و ٨٣). وقد جرم القانون المصرى بعض صور الخطورة الاجتماعية مثل حالتى التشرد والاشتباه (المرسوم بقانون رقم ٩٨ سنة ١٩٤٥)، إلى أن أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣^(٢) بعدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ سالف الذكر وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، وهى المواد ٦ و ١٣ و ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥، وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكررا من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات والتى تحول المحكمة الجزئية سلطة الحكم ببعض التدابير ضد ممن سبق الحكم عليه أكثر من مرة فى إحدى الجنايات المنصوص عليها فى هذا القانون^(٣).

ويلاحظ أن القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٠ فى شأن وضع بعض المشتبه فيهم تحت مراقبة الشرطة بناء على حالة الاشتباه إذا كان قد صدر أمر باعتقالهم لأسباب متعلقة بالأمن العام، كان قد أجاز لوزارة الداخلية وضع المعتقل تحت مراقبة الشرطة لمدة ستين بعد الإفراج عنه إذا توافرت فى شأنه حالة الاشتباه مع إعطائه حق التظلم أمام القضاء. ولما كان الوضع تحت مراقبة الشرطة يعتبر كالحبس طبقا للمادة العاشرة من قانون التشرد والاشتباه، فضلا عن مساسه بالحرية الشخصية، فإنه يعتبر من العقوبات، وبالتالي لا

PINATEL, État dangereux pré - delictuel et garanties de la liberté individuelle, Rev, Sc., (١) Crim 1970, p.908.

(٢) فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢).

(٣) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٥).

يجوز فرضها إلا بحكم قضائي^(١). وهو ما قرره به المحكمة العليا التي كانت تختص بالرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا.

ويثور البحث أيضا، عن شرعية المصادرة الإدارية التي ترد على الأشياء التي تعد حيازتها أو استعمالها جريمة. ويدق الأمر في القانون المصري نظرا إلى أن الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ قد نص في المادة ٣٦ على أنه لا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي. والواقع من الأمر، أن الملكية الخاصة المحمية بالضمان القضائي في وجه المصادرة هي الملكية المشروعة التي يعترف بها القانون، هو ما لا ينطبق على الملكية غير المشروعة وهي التي ترد على الأشياء التي تعد حيازتها أو استعمالها جريمة. فما لا يعترف به القانون لا يحمي. ومن ناحية أخرى، فإن المصادرة الإدارية التي ترد على أشياء يحرم القانون مطلق حيازتها بسبب خطرها الذاتي على المجتمع مثل المخدرات والمأكولات الفاسدة، فإنها تعتبر تدبيرا عينيا لمواجهة الخطر المنبعث من مجرد حيازتها ولا ترد على حق يحميه القانون، ومن ثم فهي لا تمس حرية حائزها. أما تلك الأشياء التي يحرم القانون حيازتها أو استعمالها لعدم شروط معينة مثل السلاح الذي تتوقف مشروعية حيازته على الحصول على ترخيص، فإنها تصلح لأن تكون محلا لحق يحميه القانون، وإن خضع استعمال هذا الحق لشروط معينة، وبالتالي فلا تجوز مصادرتها إلا بحكم قضائي.

وكذلك الشأن بالنسبة للغرامات الجمركية التي نص عليها قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والتي كانت المادة ١١٩ من هذا القانون قبل تعديلها بالقانون رقم ١٧٥ لسنة ١٩٩٨ تعطى لمدير عام الجمارك سلطة فرض هذه الغرامات، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا أن هذه الغرامات لا تعتبر تعويضات مدنية، بل تعتبر عقوبات بالمعنى القانوني، مما يتطلب أن يكون إيقاعها بعمل قضائي (حكم) طبقا للمادة ٦٦ من الدستور^(٢). وجاء التعديل الجديد للمادة ١١٩ لإجراءات فجعل توقيع الغرامات والتعويضات بأمر جنائي وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون

(١) نادينا بهذا الرأي في كتابنا (أصول السياسة الجنائية) سنة ١٩٧١ ص ٢٨٥. وفي مقالنا عن الضمانات الدستورية للحرية الشخصية (مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٧٢ ص ٣٧٣). وقد أخذت به المحكمة العليا في ٥ إبريل سنة ١٩٧٥، مجلة المحاماة س ٥٦ ص ٣٠ (٢) في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا في ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، في ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٣).

الإجراءات الجنائية^(١). وطبقا لهذه القواعد والإجراءات إذا اعترض المتهم يسقط الأمر ويحاكم المتهم طبقا للقواعد العامة.

٢٨١- الأوامر الجنائية الصادرة من النيابة العامة

أجازت بعض التشريعات لغير القاضى إصدار أوامر جنائية بالغرامة، مثال ذلك قانون الإجراءات الجنائية المصرى المعدل بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨٠. فقد أجاز لرئيس النيابة أو وكيل النيابة من الفئة الممتازة بالمحكمة التى من اختصاصها نظر الدعوى إصدار الأمر الجنائى فى الجرح، وفى المخالفات بشروط معينة (المادة ٣٢٥) مكررا. وهذا النص لا يتفق مع مبدأ (لا عقوبة بغير حكم قضائى)، لأن الأمر الجنائى الصادر من النيابة العامة لا يعتبر بأية حالة من الأحوال حكما قضائيا، لأنه يصدر من غير قاض وتتوقف قوته على قبوله ممن صدر ضده بعدم الاعتراض عليه، وهو ما لا يتفق مع طبيعة الأحكام. وقد توسع القانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨ بتعديل قانون الإجراءات الجنائية فى الأخذ بالأوامر الجنائية^(٢).

والصفة القضائية فى شخص القائم بالعمل هى ركن مفترض لإضفاء الصفة القضائية على هذا العمل. فالعمل القضائى بوجه عام لا بد لوجوده قانونا أن يصدر من قاض يباشر ولاية القضاء. فالقاضى هو شخص العمل القضائى. والنيابة العامة بوصفها جزءا من السلطة القضائية، تتسم أعمالها بأنها صادرة من إحدى جهات القضاء، ولكنها لا تتسم بطبيعة قضاء الحكم الدقيق. ومن ثم فإن اعتبار أعمال النيابة العامة ذات طبيعة قضائية لا يعنى بالضرورة إسباغ صفة الحكم عليها، فليست كل أعمال السلطة القضائية أعمالا فاصلة فى النزاع.

وخلافا لما نراه فيما سلف، فإن المحكمة العليا (التي كان لها اختصاص المحكمة الدستورية العليا)^(٣) انتهت بناء على طلب تفسير مقدم من وزير العدل إلى أن الأمر القضائى الصادر من النيابة العامة هو بمثابة حكم قضائى على أساس أن الحكم

(١) وبطبيعة الحال، إذا اعترض المتهم على هذا الأمر الجنائى تجرى محاكمته وفقا للقواعد العامة.

(٢) يلاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية فى ضوء تعديله بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ قد جعل الأوامر الجنائية فى المخالفات وجوبيا مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى الجنائية فى المخالفات إذا رفعت بطريق التكليف بالحضور. على أن هذا الطريق يطبق فى حالة الاعتراض على الأمر الجنائى الصادر فى مخالفة، وبذلك يمكن التوفيق بين المادتين ٦٣، ٣٢٥ مكرر لإجراءات.

(٣) المحكمة العليا فى أول إبريل سنة ١٩٧٨ فى الطلب رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية العليا (تفسير).

الجنايى الذى توقع به العقوبة - وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور - هو الحكم الذى يصدر ممن أسند إليه الشارع ولاية القضاء فى المسائل الجنائية بشرط مراعاة ضمانات الدفاع المقررة ، وأخصها التحقيق النهائى الذى تجريه المحكمة فى مواجهة التهم بعد تمكنه من الحضور لإبداء دفاعه فى جلسة علنية إلا إذا رأت المحكمة - استثناء - جعل الجلسة سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب . واعتبرت المحكمة العليا الأمر الجنائى بالعقوبة يدخل فى مفهوم الحكم القضائى على أساس أن النيابة جهة قضائية فى ضوء المادتين ٤١ و ٧٠ من الدستور، وقد حولها القانون لسرعة الفصل فى القضايا، الحق فى إصدار أوامر جنائية كفصل فى الدعاوى الجنائية البسيطة . وقد أحاط القانون هذه الأوامر بضمانات هى حق الاعتراض عليها . وفى هذه الحالة يسقط الأمر الجنائى المعارض عليه وتنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة فى مواجهة بإجراءات عادية . ويلاحظ بادئ ذى بدء أن المحكمة العليا قد التجأت إلى تفسير المادة ٦٦ من الدستور بمناسبة طلب التفسير لا بمناسبة دعوى دستورية ، وهو ما لا تملكه وفقا لقانونها الذى يحصر سلطتها فى تفسير التشريع بناء على طلب من وزير العدل ، ولا تملك تفسير الدستور إلا بمناسبة ممارسة رقابتها الدستورية من خلال الدعوى الدستورية ، وهو ما لم تفعله المحكمة العليا . ومن ثم ، تنحصر عن هذا التفسير صفته الإلزامية^(١) .

وخلافا لهذا الحكم قضى المجلس الدستورى الفرنسى بعدم دستورية الأمر الجنائى *injonction pénale* الصادر من النيابة العامة المنصوص عليه فى المواد من ١/٤٨ إلى ٧/٤٨ من مشروع قانون الإجراءات الجنائية ، والتى كانت تجيز لرئيس النيابة العامة إصدار أمر جنائى بمبلغ معين ، أو بإلزام المتهم بالقيام - بغير مقابل - بأعمال معينة لصالح شخص معنوى عام أو لصالح جمعية ذات نفع عام لمدة لا تزيد على ٤٠ ساعة ، ويتعويض المجنى عليه عن الضرر الذى تسبب فيه ، أو بمصادرة الشيء الذى استخدم فى ارتكاب الجريمة أو كان معدا لارتكابها عدا الأشياء التى يمكن أن تكون محلا للمطالبة بردها . وكانت هذه النصوص تشترط لصدور الأمر الجنائى من رئيس النيابة إقرار المتهم بالوقائع المسندة إليه ، وترتب على الأمر الجنائى انقضاء الدعوى الجنائية . وقد أسس المجلس الدستورى قراره على أساس أن موضوع هذا الأمر فرض

(١) انظر المحكمة الإدارية العليا فى ٩ إبريل سنة ١٩٩٧ فى الطعن رقم ٢٣/٣٤٠ قضائية إدارية عليا . وانظر: دستورية عليا فى أول مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ١ ص ٢٠٩ .

جزاء لا يجوز تقريره إلا بحكم قضائي^(١)، باعتبار أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات، وأنه ينطوي أيضا على الإخلال بحقوق الدفاع، وبمبدأ التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، وبمبدأ (قرينة) البراءة.

إلا أن شرعية الأمر الجنائي في مصر تستمد من كونه نوعا من عرض الصلح الجنائي إن شاء المتهم ارتضاه وسدد الغرامة ونحوها، مما ورد في هذه الأمر، وإن لم يشأ له قبوله اعترض عليه أمام المحكمة؛ وبمقتضى ذلك تباشر النيابة العامة الدعوى الجنائية أمام المحكمة طبقا للمادة ٣٢٧/٢ إجراءات. ومما يؤكد هذا النظر أن للمحامى العام ولرئيس النيابة، حسب الأحوال، سلطة إلغاء الأمر الجنائي الصادر من رئيس النيابة أو وكيل النيابة من الفئة الممتازة وهو ما لا يتصور إذا اعتبرنا الأمر الجنائي حكما قضائيا. ولهذا أحسن المشرع صنعا إذ نص في الفقرة الأخيرة للمادة ٣٢٧ إجراءات المضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ على أنه لا يكون لما قضى به الأمر في موضوع الدعوى الجنائية حجية أمام المحاكمة المدنية. وهذا النص يكشف طبيعة هذا الأمر وأنه ليس حكما يجوز أدنى حجية إيجابية حول الحقيقة، فما هو إلا سبب لانقضاء الدعوى الجنائية بغير حكم. هذا ما لم يحدث اعتراض على الأمر الجنائي، فيحاكم المتهم وفقا للإجراءات العادية للمحاكمة، تؤدي إلى حكم جنائي له حجيته وفقا للقواعد العامة. وبناء على ذلك فإنه إذا قبل المتهم الأمر الجنائي بعدم اعتراضه فإنه لا يتحول إلى حكم قضائي، وبالتالي لا تعتبر الغرامة المقررة به عقوبة مالية، ولا يعتبر الأمر الجنائي سابقة في العود.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا^(٢) أن النيابة العامة إذ تمارس سلطة التحقيق، لا تعتبر جهة قضاء، ولا هيئة ذات اختصاص قضائي في تطبيق المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ذلك أن المشرع يعنى في هذا النص أن يكون النزاع مطروحا أمام جهتين من جهات الحكم تستمد كلتاهما ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مبين لإجراءات وضمانات التقاضى أمامها، ويصدر الحكم على أساس قاعدة قانونية حاسما للخصومة بحيث يعتبر عنوانا للحقيقة فيما قضى به متى حاز قوة الأمر المقضى. وليس هذا شأن النيابة العامة عند مباشرتها سلطة التحقيق، ذلك أن ما تجرّيه في هذا الخصوص — وإن كان

Déc. no. 95-360 du 2 février 1995, Recueil, op. cit., p. 632.

(١) (٢) دستورية عليا في ٣ مايو سنة ١٩٨٦ في القضية رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية «تنازع».

يعد عملاً قضائياً - إلا أنه لا يجعل منها جهة من جهات الحكم التي تستقل وحدها بالفصل في الدعوى الجنائية عند رفعها إليها .

٢٨٢- (ثانياً): تسبيب الأحكام

يثور البحث عما إذا كان تسبيب الأحكام يعتبر ضماناً دستورياً من ضمانات المحاكمة المنصفة ، أم أنه يعتبر مجرد ضمان إضافي يدخل في حدود السلطة التقديرية للمشرع .

يرتكز البحث عن أهمية هذا التسبيب . فإذا كان التسبيب مجرد ضمان للتحقق من قيام القضاة بواجباتهم من الناحية التنظيمية ، فإنه يدخل في إطار مبدأ الملاءمة ، مما يعتبر من صميم السلطة التشريعية .

وواقع الأمر ، أن جميع ضمانات المحاكمة المنصفة ، لا دليل على احترامها إلا أسباب الحكم التي تكشف عن مدى التزام المحكمة بمراعاة هذه الضمانات . فهي المراجعة الناصعة الجلية لمدى اتباع القواعد والإجراءات التي نص عليها القانون ، ومدى احترام الضمانات التي أوجبها ، ومدى حسن تطبيق المحكمة للقانون . فمن واجب القاضي أن يحدد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق دون أن يشغل نفسه ببحث مدى عدالتها داخل النظام القانوني ، وعليه أن يطبق هذه القاعدة القانونية على الوقائع التي تثبت لديه من خلال محاكمة منصفة . على أن حكم القاضي يجب أن يكون نتاج منطق قضائي ينعكس في أسباب الحكم ، التي يجب أن تكشف سلامة تحديد القاضي لموضوع الدعوى وتكييف النزاع . ومن خلال هذا التسبيب تتحقق حماية أطراف الدعوى من تحكم القاضي لأنه مكلف أن يكشف في أسباب حكمه علة قضائه والإجراءات التي انتهت به إلى هذا القضاء . فتبين أسباب الحكم العملية المنطقية للاستدلال القضائي «raisonnement de syllogisme judiciaire» التي أجرتها المحكمة ، وتؤدي وظيفتها في التبرير المنطقي للحكم . ومن خلال هذا التسبيب تظهر سائر العيوب التي تكشف عن عدم توافر المحاكمة المنصفة .

فبدون الأسباب الواضحة الكاملة المنطقية لا يمكن التحقق من قيام محاكمة منصفة ، بغض النظر عن وجوب التحقق من صحة تطبيق القانون . فما قيمة الضمانات التي أوجهاها الدستور وأكدها القانون ما لم يكفل القانون أداة تكشف مدى احترام هذه الضمانات ؟ بل ما قيمة اشتراط حكم قضائي بالعقوبة ، إذا لم تكن أسباب الحكم جزءاً

جوهريا فيه تكون دعامة لمنطوقه وكاشفة لصحيح بنيانه؟ لهذا عنى الدستور الإيطالى بأن ينص فى المادة ١١١ / ١ على أن كل الأعمال القضائية يجب أن تكون مسببة^(١).

لقد ذهب البعض إلى اعتبار أسباب الحكم أساسا قانونيا له^(٢)، بدونها لا يكون الحكم سليما من الناحية القانونية. وذهب البعض الآخر^(٣) إلى أن الأسباب ضمان أولى وأكد لحكمة وعدالة البراءة أو الإدانة. بينما ذهب فريق ثالث^(٤) إلى أن أسباب الحكم هى ضمان لحيدة القضاء، لأنه بواسطتها يمكن مراقبة أفكار القاضى والبواعث التى أدت إليها. بينما ذهب فريق رابع^(٥) إلى أن تسبب الأحكام يبنى على مبدأ علانية المحاكمة.

وواضح مما تقدم أن جميع الأسانيد التى قيل بها لتبرير تسبب الحكم تركز على أهمية هذا التسبب للتحقق من توافر بعض الضمانات الدستورية، سواء تعلقت بالمحاكمة المنصفة، أو بحياد القضاء.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذه الأسباب تتيح للمتهم حق الطعن على الحكم وإبداء دفاعه أمام محكمة الطعن. وعلى الرغم من أن توفير درجة ثانية للمحاكمة لا يعتبر ضمانا دستوريا، إلا أنه متى توافر حق الطعن لأحد الخصوم، أصبح بطريق غير مباشر ضمانا للخصم الآخر طبقا لمبدأ المساواة أمام القضاء.

٢٨٣- (ثالثا): عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة

نصت المادة ١٤ / ٧ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على أنه لا تجوز محاكمة أحد أو معاقبة مرة ثانية عن جريمة سبق أن صدر بشأنها حكم نهائى أو أفرج عنه فيها طبقا للقانون "Non bis In Idem". ووفقا للإجراءات الجنائية للبلد المعنى. وتأكد هذا المعنى فى المادة ٨ / ٤ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التى

(١) انظر: Jean-Pierre Ancel, La rédaction de la décision de justice en France (juges et jugen-ments: Europe plurielle, op. cit., p. 98.

(٢) انظر: FAYE; La cour de cassation, 1903, reproduction 1970, p. 1-16.

(٣) Motulsky (H.); Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile, Mélanges Roubier, T. 2, Paris, Dalloz Sireys 1961, p.175.

(٤) Damien Roets, Impartialité et justice pénale, op. cit., p.408.

(٥) Merle et vitu, procédure pénale, op. cit., No.678.

نصت على أنه متى حكم على شخص نهائيا بالإدانة أو حكم له نهائيا بالبراءة، طبقا للقانون فلا تجوز محاكمته ثانية عن الفعل نفسه مرة ثانية ولو تحت وصف آخر. وتؤكد أيضا في البروتوكول السابع للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. كما تؤكد هذا الضمان في التعديل الخامس للدستور الأمريكي والذي نص على أنه لا يجوز تعريض أى شخص لخطر العقاب مرتين عن الجريمة نفسها. على أن المحكمة العليا الأمريكية اعتنقت في حكمها الصادر سنة ١٩٣٢ ما سمي بمعيار Blackburg الذي اعتبر أن هذا الضمان لا يحمي المتهم من توجيه الاتهام إليه مرة أخرى عن جريمة تحتوى على عنصر لم تتضمنه الجريمة السابقة^(١). وأكدت المحكمة العليا سنة ١٩٩٣ هذا المعيار واعتبرته أساسا لتحديد مدى شرعية الاتهامات اللاحقة للحكم^(٢). ولا يغير من ذلك أن تكون عناصر الجريمة الجديدة قد تضمنتها الجريمة التي صدر بشأنها الحكم السابق، وهو ما يحدث دائما وفقا للقوانين الأمريكية Rico et CCE^(٣). وهو ما لا يتفق مع قوة الأمر المقضى للحكم الجنائي طبقا لقانون الإجراءات الجنائية المصرى، حيث نصت المادة ٤٥٥ على أنه لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائيا بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغير الوصف القانونى للجريمة.

وقد احتل هذا المبدأ تدريجيا مكانه كأحد أهم المبادئ التى تحمى حقوق الفرد. واهتمت نصوص الاتفاقيات الدولية بإيراده، وأصبح من المبادئ المسلم بها فى كل من قانون العقوبات الداخلى وقانون العقوبات الدولى.

وعلى الرغم من أن هذا الضمان قد تضمنته المادة ٤٥٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى التى نصت على أنه تنقضى الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه والوقائع المستندة إليه بصدر حكم نهائى فيها بالبراءة أو بالإدانة، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد رفعتة إلى مصاف المبادئ الدستورية، فقد قضت بأن مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد وإن لم يرد صراحة فى الدستور إلا أنه يعتبر جزءا من الحقوق الوثيقة الصلة بالحرية الشخصية، ويعتبر من الحقوق التى يعتبر

(١) Blackburg V. U.S. 284 U.S. 299, 304 (1932).

وقد نص الدستور الألمانى على هذا الضمان (المادة ١٠٣ / ٣).

(٢) U.S.V. Dixon, 509 U.S. 688, 710 (1993).

(٣) Blakesley; Rapport Général Les systemes de justice criminelle face au défi du crime organisé, Revue Internationale de droit pénal 69 année érés, p. 63.

التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية^(١)، وقد كان من ضمن ما استندت المحكمة الدستورية العليا في قضائها بعدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، قول المحكمة باعتبار المتهم مشتبه فيه بناء على جرائمه السابقة واعتبار سوابقه دافعة لحاضره، أن ذلك (ينطوى على معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد، فقد حوكم عن جرائمه السابقة جميعها وتم استيفاء عقوبة كل منها، وليس ثمة جريمة أخرى قارفها - قوامها فعل أو امتناع - حتى تقام الدعوى الجنائية عنها، وإنما تحركها حالته الخطرة التي افترض المشرع ارتكازها على سوابقه ورتبتها عليها)^(٢).

وواقع الأمر، أن عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة سوف يعرضه لعدة عقوبات بسبب ارتكاب هذا الفعل، مما يتعارض مع مبدأ التناسب في العقاب. ولهذا، فإن هذا الضمان يتركز في ذات الوقت على تأسيس التجريم والعقاب على مبدأ الضرورة والتناسب^(٣). وهو ما سبق أن أوضحناه عند عرض الضمانات الدستورية في قانون العقوبات.

ويتطلب احترام مبدأ التناسب في العقوبات مراعاة عدم تعدد العقوبات دون حدود إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة (حالة التعدد المعنوي)، أو وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة (حالة التعدد المادي). وقد

(١) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ (العدد ٤)، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢)، ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٣١ أغسطس سنة ١٩٩٥ (العدد ٣٥)، ٢٢ مارس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٣ إبريل سنة ١٩٩٧ (العدد ١٤)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩).

(٢) دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢).

(٣) انظر:

Michel Pralus, A propos de la regle non bis In Idem, Valeur en droit interne de l'un de ses aspects: Non bis? (Archives de politique criminelle, No. 18, 1996, p.51).

وفي هذا المعنى المجلس الدستوري الفرنسي:

Dc du 12 Janvier 1989 no. 88 - 249, Recueil de juris. const. (1959 - 1993), p.345.

واجه المشرع المصرى هاتين الحالتين بالمادة ٣٢ عقوبات ، فنص على أن يكون الحكم بالعقوبة المقررة لأشد الجرائم . بل وراعى المشرع المصرى مبدأ التناسب عند تعدد العقوبات فنص فى المادة ٣٦ عقوبات على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب أن لا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو فى حالة تعدد العقوبات ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنين . وكل ذلك يكشف عن مدى تطبيق مبدأ التناسب فى العقوبات فيما قرره المشرع من حدود لما يتعرض له المتهم عند محاكمته عن فعل واحد ولو كوّن بذاته جرائم متعددة ، أو عن مجموعة أفعال تكون جرائم متعددة طالما أنه قد ارتكبها قبل الحكم عليه من أجل واحدة . فالتناسب فى العقاب ضابط يجب مراعاته طالما لم يصدر عن الشخص الذى ارتكب جرائم متعددة قبل ارتكابها حكم بات عليه من أجل واحدة منها . وبالتالي ، يبدو الارتباط وثيقا بين هذا الضمان فى المحاكمة المنصفة وتناسب العقوبات .

على أن مجال هذا الضمان يقتصر على حالة مخالفة الفعل لنظام قانونى واحد ، فلا مجال له إذا خالف بالإضافة إلى النظام الجنائى النظام المدنى أو النظام التأديبى ؛ فكل من هذه الأنظمة له جزاءاته التى يعرفها القانون . ومع ذلك ، فإنه فى نطاق الجزاء التأديبى تراعى مبادئ المحاكمة المنصفة التى تتطلب عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة ، فضلا عن أهمية تناسب العقاب التأديبى مع الفعل^(١) . وخلافا لذلك اتجهت كل من لجنة ومحكمة حقوق الإنسان الأوروبية على أن مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم أكثر من مرة واحدة عن فعل واحد المنصوص عليه فى بروتوكول الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (المادة ٤ / ١ من البروتوكول السابع) يتطلب عدم جواز محاكمة المتهم وإدائته من جديد عن نفس وقائع الجريمة ولو أمام محكمة تأديبية^(٢) . وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تماما الأخذ بهذا الاتجاه^(٣) .

(١) انظر المجلس الدستورى الفرنسى :

88 - 249 Dc du 12 Janvier 1989, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.345.

89 - 260 Dc du 28 Juillet 1989, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.365.

(٢) انظر قرار اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٤ و ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٩٥ مشارا إليه فى مقال :

Serge Guinchard, Le procés équitable? Actualité juridique, Juillet - Août 1998, p.195.

Cass. Crim. 20 Juin 1996, Dalloz 1997, p.244, note Trier et Lamulle.

(٣)

الفصل الرابع

الرقابة القضائية على احترام ضمانات المحاكمة (المنصفة)

٢٨٦- فكرة عامة

يُبنى فيما تقدم الضمانات الدستورية للمحاكمة المنصفة . ونعرض فيما يلي للضمان القضائي في الرقابة على احترام ضمانات المحاكمة القانونية (المنصفة) لكفالة فاعليتها وتمثل هذه الرقابة في إحدى صورتين :

١- الرقابة على صحة الإجراءات للتحقق من احترام الضمانات .

٢- تعدد درجات التقاضى .

فالضمان القضائي بوجه عام يتمثل في الرقابة على مشروعية الإجراءات الجنائية ، ذلك أن انتقال الشرعية من نطاق النظرية إلى مجال التطبيق هو الضمان الأكيد لفاعليتها . فما قيمة الشرعية التي تعبر عنها نصوص الدستور والقانون إذا لم تكن هذه النصوص تتمتع بقوة الإلزام وتخضع لها السلطة التي تباشر الإجراءات الجنائية؟ وأين سيادة القانون إذا أمكن للسلطة أن تعلو على القانون وتباشر الإجراءات كما تريد؟ إن الرقابة القضائية في هذه الإجراءات هي التي تكشف فاعلية نصوص القانون، وبها يتأكد مبدأ المشروعية ، باعتبار أن القضاء هو الركن الركيز لسيادة القانون . لهذا كانت الرقابة القضائية على تطبيق المحاكمة المنصفة وجهها فعالا للضمان القضائي ، باعتبار أن هذه الرقابة ليست إلا وجهها آخر للقوة الإلزامية للضمانات . فالمباشرة القضائية للمحاكمة هي من أجل ضمان مشروعيتها ، ولكن هذه المباشرة قد لا تحترم ضمانات المحاكمة المنصفة . ولذلك ، فإن الرقابة القضائية لها أكبر الأثر في ضمان المشروعية .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن استيثاق المحكمة من مراعاة القواعد

المنصفة عند فصلها في الاتهام الجنائي وهيمنتها على إجراءات الدعوى الجنائية، لا يعدو أن يكون ضماناً أولية لعدم المساس بالحرية الشخصية - التي كفلها الدستور لكل مواطن - بغير الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكامه^(١).

وتنقسم الرقابة القضائية على الإجراءات إلى نوعين:

١- الرقابة على صحة الإجراءات للتحقق من قانونية المحاكمة.

٢- رقابة الطعن على الأحكام.

ونبحث فيما يلي كلا من هذين النوعين.

(١) دستورية عليا في ٢ فبراير سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الأول) ص ١٨٥، ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ج ٧ ص ٢٦٢، ٦ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٩ في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧.

المبحث الأول الرقابة على صحة الإجراءات الجنائية

٢٨٧- نطاق الرقابة

بيّنا فيما تقدم أن مدلول المحاكمة القانونية ينصرف إلى مجموعة الإجراءات التي تتم بها الخصومة الجنائية في إطار من حماية الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات المتعلقة بها ، والتي تكون في مجموعها ضمانات مهمة في المحاكمة القانونية .

ومن ثم فإن المحاكمة المنصفة لا تقتصر على مجرد إجراءات المحاكمة بل تمتد إلى ما يسبق المحاكمة من إجراءات تطرح أدلتها على بساط البحث في المحكمة .

لهذا فإن رقابة القضاء تمتد إلى الإجراءات سواء كانت سابقة على المحاكمة أو كانت جزءاً من المحاكمة ذاتها هي ، وذلك باعتبار أن الأدلة المنبثقة من الإجراءات السابقة على المحاكمة تعتبر بحكم عرضها على المحكمة وخضوعها لتقديرها جزءاً من ملف الدعوى .

٢٨٨- الجزاء الإجرائي كأداة للرقابة القضائية:

تعتمد الرقابة القضائية على سلطة القضاء في إلغاء الإجراء المخالف للقانون .

ويتمثل هذا الإلغاء في الجزاء الذي يرد على الإجراء غير المشروع فيهدر آثاره القانونية ، فيعبر بذلك عن الطبيعة الإلزامية للقاعدة الإجرائية ، والقضاء في توقيعه لهذا الجزاء يمنح هذه القاعدة فاعليتها وقوتها . وهذه هي وظيفة السلطة القضائية في إعطاء الفاعلية لقواعد القانون التي تضعها السلطة التشريعية . ويتميز الجزاء الإجرائي بوصفه أحد مظاهر الطبيعة الإلزامية للقاعدة الإجرائية الجنائية عن الجزاءات الأخرى غير الإجرائية التي قد تترتب على مخالفة الإجراءات الجنائية ؛ وهي إما عقوبات تترتب على

المخالفات الإجرائية التى يجرمها القانون ، مثل القبض على الأشخاص ودخول المنازل بدون وجه حق (المادتان ١٢٨ و ٢٨٠ عقوبات) ، أو الامتناع عن الشهادة أو عن حلف اليمين (المواد ١١٧ و ١١٩ و ١٢١ و ٢٧٩ و ٢٨٠/٢ و ٢٨٤ إجراءات) ، أو جزاءات تأديبية توقع على الموظفين العموميين وغيرهم من أصحاب المهن المساعدة للقضاء كالمحاميين والخبراء . وفى هذه الأحوال توقع الجزاءات غير الإجرائية بعيدا عن مجال الرقابة القضائية على الإجراءات .

هذا بخلاف الجزاء الإجرائى ، فإنه يعتبر وسيلة هذه الرقابة ، فبه يمارس القضاء إشرافه على مشروعية الإجراءات الجنائية ، وهو أكثر الجزاءات فاعلية كتنيجة تترتب على مخالفة الضمانات ، لأنه يفسد على المخالف قصده فيهدر الدليل الذى يسعى إليه من وراء إهدار الضمانات . ويتخذ الجزاء الإجرائى بوصفه وسيلة للرقابة القضائية صورة البطلان . وهو يحمى فى ذلك الحرية الشخصية التى جاءت الشرعية الإجرائية لكفالة احترامها .

ويتميز البطلان عن الأشكال الأخرى من الجزاءات وهى عدم القبول والسقوط وعدم الاختصاص . وتبدو أهمية البطلان بوجه خاص فى مجال الإثبات ، ذلك أنه من خلال إجراءات المحاكمة يطرح الدليل أيا كان مصدره ، وهو ما لا يجوز قبوله إلا إذا كان مشروعا أى مطابقا للضمانات التى أوجبها القانون .

وقد بينا أن المشرع يوازن بين المصلحة العامة (فاعلية العدالة الجنائية) وبين حماية الحرية الشخصية ، ومن خلال هذا التوازن تبرز الضمانات التى يقررها القانون . وكل إجراء جنائى يسمح به القانون يجب أن يكون مقيدا بهذه الضمانات وإلا كان باطلا .

وقد رأينا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد أكدت أن ضمانات المحاكمة المنصفة وثيقة الصلة بالحرية الشخصية ، وتتوخى الأسس التى يقوم عليها صونا لكرامة الإنسان وحماية لحقوقه ، وتعتمد على قيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية .

ولا تناقض بين فاعلية العدالة الجنائية وحماية الحرية الشخصية كهدفين للإجراءات الجنائية ، ذلك أن فاعلية العدالة الجنائية تتوقف على كشف الحقيقة ، وهو أمر يعتمد إثباته على دليل مشروع ، أى دليل يستخلص من إجراءات تحترم فيها الضمانات .

ومن ناحية أخرى ، يجب التنبيه إلى عدم جواز الخلط بين الضمانات الإجرائية التى تكفل المحاكمة المنصفة ؛ وبين الضمانات التنظيمية التى ترد على سبيل التوجيه والإرشاد فى القواعد الإجرائية بغية تحقيق أهداف إدارية بحتة ، مثل مخالفة إجراءات تحرير الأشياء المضبوطة ، فهذه الأخيرة لا يترتب على مخالفتها البطلان .

٢٨٩- تقرير البطلان كضمان لفاعلية الحماية الدستورية

ترتبط فكرة البطلان كل الارتباط بهدف القاعدة الإجرائية الجنائية ، والتي تتمثل في تحقيق الفاعلية للعدالة الجنائية ، وفي ضمان الحقوق والحريات . فهذهين الهدفين تتبلور الغاية من القاعدة الإجرائية ، وتتحدد المصلحة المحمية . وتتمثل الغاية من القاعدة الإجرائية في التوازن بين فاعلية العدالة الجنائية وحماية الحقوق والحريات . ولقد رأينا أن الشرعية الدستورية للإجراءات الجنائية تقوم على ضمانات هامة تحمى الحقوق والحريات . وبهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا حين اشترطت في النصوص التشريعية أن تراعى الحدود الدنيا المقبولة في الدول الديمقراطية فيما يتعلق باحترام حقوق الإنسان^(١).

فلاحتياجات الحقيقية للعدالة لا يمكن أن تتوافر إلا باحترام الحقوق والحريات التي تصاغ لحمايتها مبادئ الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية .

والواقع ، فإن فاعلية العدالة الجنائية في إطار هذه الشرعية ترتبط بالضمان القضائي الذي هو من عناصر الشرعية للسهر على احترام ضمانات المحاكمة القانونية (المنصفة) التي هي نتيجة لازمة لأصل البراءة . ومن هنا ، حق القول بأن فاعلية العدالة الجنائية لا يمكن تحقيقها بدون احترام ضمانات الحقوق والحريات . فالاثان وجهان لعملة واحدة . ولا مجال للحديث عن عدالة جنائية فعالة إلا إذا لازمها في ذات الوقت احترام لضمانات الحقوق والحريات .

ولما كانت الإجراءات الجنائية هي مصدر الأدلة التي تؤسس عليها المحكمة اقتناعها بالإدانة ، فإن قبول هذه الأدلة يتوقف على مشروعية الإجراءات التي تولدها . لهذا كان جزاء (البطلان) إعلانا بعدم المشروعية وإنتاجا لأثرها في إهدار الدليل المترتب عليها . وإذا كان الدستور قد نص بأن لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي (المادة ٦٦ / ١) ، فإن الحكم القضائي يجب أن يكون مشروعا ، أى مبني على إجراءات مشروعة ، وخاصة أن الدستور قد نص على أن إثبات الإدانة لا تكون إلا في محاكمة قانونية (المادة ٦٧ / ١) .

(١) انظر الدستورية العليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ (العدد ٤) ، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية في ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢) .

وإذن ، فإن عدم مشروعية الإجراءات الجنائية بسبب إهدار الضمانات التي نص عليها الدستور والقانون هو أساس البطلان^(١). تضعف فاعلية الضمانات الدستورية

(١) يتعين التمييز بين البطلان كأداة للرقابة القضائية على مشروعية الإجراءات الجنائية وبين غيره من الجزاءات الإجرائية وهي السقوط ، وعدم القبول ، وعدم الاختصاص .

(أ) البطلان والسقوط :

السقوط جزاء إجرائي يترتب على عدم ممارسة الحق في مباشرة عمل إجرائي خلال المهلة التي حددها القانون وتحدد هذه المهلة إما بميعاد معين أو تتوقف على واقعة معينة . ومثال الميعاد حق النائب العام في إلغاء الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية في خلال ثلاثة شهور (المادة ٢١١ إجراءات)، ومن النيابة العامة في تنفيذ أمر الضبط والإحضار أو الحبس الاحتياطي في خلال ستة شهور من تاريخ صدوره (المادة ١٣٩ إجراءات) . فإذا انقضى هذا الميعاد سقط الحق في مباشرة العمل الإجرائي . ويكون توقف المهلة على واقعة معينة إذا اشترط القانون توافر واقعة معينة للاحتفاظ بالحق في مباشرة الإجراء . وقد تكون الواقعة إيجابية مثال ذلك حق الاستئناف فهو معلق على التقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة (المادة ٤١٢ إجراءات) . وحق الطعن بالنقض فهو معلق على التنفيذ قبل يوم الجلسة (المادة ٤١ من قانون إجراءات الطعن بالنقض) ، وحق الدفع بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم في الجرح والجنابات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره . فهذا الحق أوجب القانون مباشرته بواسطة المتهم أو محاميه (المادة ٣٣٣ إجراءات) .

وقد تكون الواقعة سلبية إذا اشترط القانون عدم توافرها للاحتفاظ بالحق في مباشرة الإجراء . مثال ذلك حق المدعى المدني في الالتجاء إلى الطريق الجنائي فهو معلق على عدم التجائه إلى القضاء المدني . وفي هاتين الحالتين يسقط الحق في مباشرة الإجراء إذا لم تحدث هذه الواقعة الإيجابية أو السلبية . وينحصر الخلاف بين البطلان والسقوط فيما يلي :

- ١- السقوط يرد على الحق في مباشرة العمل الإجرائي ، بينما يرد البطلان على العمل الإجرائي ذاته .
- ٢- يجوز تحديد الإجراء الباطل ، أما في السقوط فإنه يفترض انقضاء الحق في مباشرة العمل ، مما يتعذر معه تجديده .
- ٣- لا ينتج البطلان أثره إلا إذا تقرر بحكم ، بخلاف السقوط فإنه يتم بقوة القانون .

(ب) البطلان وعدم القبول :

عدم القبول هو جزاء إجرائي يرد على الدعوى الجنائية (أو غيرها من طلبات الخصوم) إذا لم تستوف أحد شروط تحريكها واستعمالها في بداية كل مرحلة من مراحل الخصومة . وهذه الشروط تتمثل في الحق في استعمال الدعوى ، وورودها على محل صحيح (الأحكام التي يجوز فيها الطعن) ، واستيفاء الأشكال الجوهرية التي أوجبها القانون عند استعمال الدعوى (تحريكها ، ورفعها ، ومباشرتها) . ومثال تخلف الحق في استعمال الدعوى ، أن يتم ذلك قبل صدور الشكوى أو الإذن أو الطلب في الأحوال التي اشترط فيها القانون تقديمها ، أو تحريك الدعوى من أحد أعضاء النيابة العامة الذي لا يملك تحريكها قانونا كما إذا كانت من الجرائم الواقعة من موظف أثناء تأدية وظيفته أو بسببها . ومثال عيوب استعمال الدعوى ورود =

= الاستعمال من خلال تكليف المتهم بالحضور بإعلان باطل لعيوب في بياناته الجوهرية .
ويتميز البطلان عن عدم القبول فيما يلي :

- ١- يرد عدم القبول على (الدعوى أو الطلب) ، بخلاف البطلان فإنه يرد على العمل الإجرائي إذا لم يكن في صورة دعوى أو طلب . مع ملاحظة أن السقوط يرد على الحق في مباشرته .
- ٢- قد يقترن البطلان مع عدم القبول . فهو يقترن مع البطلان مثلاً إذا كانت الدعوى الجنائية غير مقبولة ولم تحكم المحكمة بعدم قبولها . ففي هذه الحالة تكون باطلة جميع الإجراءات التي تتم في الدعوى ، مما يتعين معه الحكم ببطلانها بواسطة المحكمة الأعلى درجة . ويقترن عدم القبول مع السقوط إذا كان سبب عدم القبول هو سقوط الحق في مباشرة الطلب (كالطعن بعد الميعاد القانوني) .

التمييز بين السقوط والبطلان وعدم القبول :

تبدو العلاقة بين هذه الجزاءات الثلاثة في أن السقوط ينصب على الحق في مباشرة العمل الإجرائي ، وأن البطلان يترتب على مباشرة هذا العمل رغم سقوط الحق في مباشرته ، وأن عدم القبول قد يترتب في بعض الأحوال على السقوط والبطلان إذا ما انصب على الدعوى بذاتها .
وقد يجتمع السقوط والبطلان وعدم القبول معاً . مثال ذلك أن يقرر المتهم الاستئناف بعد الموعد القانوني فيسقط حقه مع الاستئناف بانقضاء هذا الموعد ، فإذا ما قرر بعد ذلك بالطعن كان استئنافه غير مقبول . فإذا استمرت المحكمة في نظر الاستئناف كانت جميع إجراءاتها باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام لتعلق الأمر بأحد شروط الإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية . وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن تقتصر على الحكم بسقوط الطعن إذا لم يتقدم الطاعن المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية للتنفيذ قبل الجلسة ، تمييزاً لهذا الجزاء الإجرائي ، وهو السقوط - المترتب على سبب طارئ عن بقية الجزاءات الأخرى . وقد يكون الطعن غير مقبول شكلاً ثم لا يتقدم الطاعن للتنفيذ قبل الجلسة ، فهل يحكم في هذه الحالة بالسقوط أو بعدم القبول ؟ نرى أن يحكم بالسقوط في هذه الحالة لأنه يمس الحق في الطعن ذاته وهو أمر يسبق مباشرة الطعن . وإذا اجتمع عدم جواز الطعن مع عدم قبوله شكلاً ، فالأسبقية تكون لعدم القبول شكلاً ، لأن شكل الطعن مسألة أولية تسبق البحث في مدى صلاحية الحكم للطعن فيه .

(جـ) البطلان وعدم الاختصاص

يتميز البطلان عن عدم الاختصاص ، فالأول هو جزاء إجرائي يرد على العمل الإجرائي . بسبب عدم تحقق الغاية التي استهدفها القاعدة الإجرائية من ورائه ، بينما عدم الاختصاص نتيجة تترتب على عدم توافر سلطة القاضي في نظر الدعوى سواء من حيث الشكل أو الموضوع ، وتترتب هذه النتيجة لأحد الأسباب المتعلقة بالاختصاص . على أنه إذا باشر القاضي إجراءات المحاكمة رغم عدم اختصاصه ، أصبحت هذه الإجراءات باطلة مما يؤدي إلى بطلان في الإجراءات .
ويلاحظ أن عدم القبول يركز على أسباب تتصل بتحريك أو رفع الدعوى الجنائية ابتداءً بعيب متعلق بالنشاط الإجرائي للمدعى ، أما عدم الاختصاص فيرجع إلى عيب فيمن يفصل في الدعوى وهو القاضي . ويقع البطلان إذا مضى من يباشر العمل الإجرائي غير عابئ بجزاء عدم القبول ، أو عيب عدم الاختصاص .

إذا أمكن الاستناد في الإدانة إلى ثمرة انتهاكها . ومن هنا يلعب البطلان دورا فاعلا في الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، فإذا كانت الرقابة الدستورية هي ضمان هذه الحماية في مواجهة السلطة التشريعية ، فإنها تكفل هذه الحماية في مواجهة القائمين على مباشرة الإجراءات الجنائية .

ويتمتع بطلان الأدلة غير المشروعة بسبب إهدار الضمانات الدستورية بقيمة دستورية ؛ لأنه يحقق التوازن بين مقتضيات المحافظة على النظام العام باقتضاء حق العقاب ، وبين سائر الحقوق والحريات التي كفلها الدستور . وإن العدالة لتتأبى أن تعلن حكمها على أساس من انتهاك الدستور . فلا يجوز أن يعمل القضاء للوصول إلى العدالة إلا بافتراض أن الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تعلو دوما وتتأكد دائما لأن العدالة لا تعلو إلا شاخحة لا تستند إلى دليل ملوث أو غير نزيه . فلا يمكن أن يميل ميزان العدل في اتجاه مناقض لطبيعته . ولا يمكن للتوازن بين الحقوق والحريات أن يكون صوريا أو منتحلا ، فإذا مال التنظيم الإجرائي نحو اقتضاء حق العقاب تعظيما لهذا الحق ، فلا يستقيم بنیان العدالة لأنه لا يقوم إلا على المشروعية واحترام حماية سيادة القانون^(١) .

والعبرة في هذا الشأن بتوافر موجبات البطلان المتعلقة بالنظام العام ، لأنها وحدها التي تتعلق بالضمانات الدستورية . أما الضمانات التي تركز على التشريع وحده بغير أساس دستوري فإن إهدارها يؤدي إلى بطلان متعلق بمصلحة الخصوم . وفي هذه الحالة تكون للبطلان قيمة قانونية ويعكس عدم المشروعية .

٢٩٠ - السياسة الإجرائية للبطلان

تحكم السياسة الإجرائية للبطلان بوجه عام نظريتان :

نظرية ترى التوسع في حالات البطلان على أساس أن نصوص قانون الإجراءات الجنائية وضعت لكي تحترم ، وأنه يتعين على القاضي مراقبة سلامتها في ضوء النصوص

(١) وتطبيقا لما تقدم تتوافر شبهة عدم الدستورية في نص المادة ١٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية الذي نص على أنه لا يترتب على القضاء بعدم اختصاص قاضي التحقيق بطلان إجراءات التحقيق . فهذا النص يفقد الحماية الدستورية للحقوق والحريات فاعليتها ، ويناقض الأصل في المتهم البراءة ، ويعطى لعدم المشروعية فاعلية تسمح بالاستناد في الإدانة إلى أدلة غير نزيهية . فاحترام قواعد الاختصاص القضائي جزء من احترام استقلال القضاء وحياده .

التي نظمت مباشرتها والحكم بالبطلان جزاء على مخالفة هذه النصوص ، وأن العدالة لا تستحق أن تحمل شرف اسمها إلا باحترام نصوص القانون^(١).

وهناك نظرية أخرى^(٢) ترى أن الإشراف في حالات البطلان يضر بفاعلية العدالة الجنائية في مواجهة ازدياد الإجرام ، مما يتعين معه تقييد هذه الحالات في ضوء ما يستخلصه القانون أو القاضى من مخالفة جوهرية للقواعد الإجرائية الجنائية .

وفي إطار هاتين النظريتين ظهرت أربعة مذاهب قانونية في تحديد أحوال البطلان ، وفيما يلي نورد مضمون هذه المذاهب ، ثم نختمها ببيان مذهب الشارع المصرى ثم مذهب القانون الفرنسى .

٢٩١- (أ) في إطار النظرية الأولى

مذهب البطلان «المطلق»

ويسمى أيضا بالمذهب الشكلى . ومقتضاه أن البطلان يقع نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات الجنائية التى تنظم إجراءات الخصومة الجنائية . وأساس هذا المذهب أن القانون لا يفرض الشروط والأشكال إلا مراعاة لأهميتها في تحقيق دور الخصومة . فيتعين تقرير البطلان جزاء تخلفها جميعا بغير استثناء . وقد عرف هذا النظام في القانون الرومانى والعصور الإقطاعية حيث كانت الإجراءات تخضع لأشكال معينة تؤثر مخالفتها في موضوع الدعوى ذاته .

وميزة هذا المذهب هو الوضوح في تحديد أحوال البطلان . إلا أنه مشوب بعيب الإسراف في التقييد بالأشكال على نحو يؤدي إلى الإفراط في توقيع البطلان ، وإلى تغليب الشكل على الموضوع .

٢٩٢- (أ) في إطار النظرية الثانية

مذهب البطلان القانونى

ويسمى أيضا مذهب (لا بطلان بغير نص) . ومقتضاه أن المشرع هو الذى يتولى

(١) انظر في الموضوع :

Pradel. L'instruction préparatoire 1995, p. 759 Roux, note au Sirey 1906, I, 201.

(٢) انظر في الموضوع رسالتنا في نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية القاهرة ، سنة ١٩٥٩ .

بنفسه تحديد حالات البطلان . وقد أخذ بهذا المذهب قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي ، وأخذ به قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المعدل سنة ١٩٩٣ بالنسبة إلى نوع من البطلان ، هو البطلان المتعلق بالنظام العام . وميزة هذا المذهب أن المشرع يتولى بنفسه الإفصاح عن آرائه في تحديد الضمانات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان . فيحول بذلك دون تحكم القضاء وتضارب أحكامه . فضلا عن إيضاح الطريق أمام المخاطبين بالقواعد الإجرائية . إلا أن هذا المذهب يعيبه التضييق من أحوال البطلان فينحصر فيما استطاع المشرع تحديده سلفا . وقد لا يغطي بعض المخالفات الإجرائية الجسيمة التي تصيب ضمانات المحاكمة القانونية (المنصفة) .

وقد نص الدستور البرتغالي (المادة ٣٢ / ٦) على أن تعتبر باطلة كل الأدلة التي يتم التحصل عليها بواسطة التعذيب والإكراه ، والمساس بالتكامل الجسدي أو المعنوي للشخص ، والتعسف في التدخل في الحياة الخاصة ، وفي المسكن ، والمراسلات والاتصالات التليفونية .

مذهب البطلان الذاتي:

وينادى هذا المذهب بعدم اشتراط النص على البطلان صراحة ، بل يكفي لذلك مجرد عدم مراعاة شروط معينة في الإجراء . وميزة هذا المذهب أنه يقرر عدم إمكان حصر أحوال البطلان مقدما ، ولذلك يترك الأمر للقضاء حتى يقدر مدى جسامته المخالفة بدلا من أن يكون طوعا لنصوص جامدة ، فقد يرى العيب الجسيم في الإجراء ولا يستطيع إبطاله لأن القانون لم ينص على هذا البطلان . وعيب هذا المذهب أنه يواجه مشكلة التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية ، وهو أمر من الصعب حله ، فيترك بذلك الفرصة للخلاف في الآراء وتضارب الأحكام . إلا أنه يهتون من هذا العيب أن الخلاف القانوني سيقى ما بقى الفكر القانوني ، وأن حصر حالات البطلان لن يحول دون الاختلاف حول تفسير القانون .

وقد لوحظ على هذا المذهب ، أنه ترك أمر تحديد حالات البطلان للقاضي دون حصرها مسبقا سوف يدخلها في دائرة عدم اليقين ، مما يجعل مخالفته للضمان الجوهري في إحدى القضايا سببا للبطلان ، وفي غيرها من القضايا عديم الأثر . ولاشك أن افتقار الجزء الإجرائي إلى التحديد يمس احترام مبدأ الشرعية التي تفترض اليقين ، كما أنه يمس مبدأ المساواة أمام الخصوم ، حيث يقضى بالبطلان لصالح البعض ولا يقضى به

لصالح الآخرين ، طالما كان الأمر متروكا لتقدير القاضي^(١). ولهذا فإن محكمة النقض عليها واجب كبير في العمل على توحيد المبادئ القانونية للتقليل من مخاطر هذه العيوب .

مذهب «لا بطلان بغير ضرر»

وفي إطار النظرية الثانية للسياسة الإجرائية يرى هذا المذهب لا يقضى بالبطلان إلا إذا رأى القاضي أن العيب الإجرائي قد أصاب بالضرر الطرف الذي يطالب بالبطلان ، ويستوى في ذلك أن يكون القانون قد نص على أحوال البطلان أو ترك للقاضي أمر تحديد هذه الأحوال . وقد أخذ قانون الإجراءات الفرنسي (المادة ٨٠٢) بهذا المبدأ بالنسبة إلى البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم أسوة بما نص عليه قانون المرافعات الفرنسية في (المادة ١٤ / ٢) .

وهنا يلاحظ أن تقدير توافر سبب البطلان متروك للقاضي وفقا لضميره واقتناعه حتى ولو كان البطلان منصوبا عليه في القانون بشرط أن يتحقق من إصابة الخصم المتمسك بالبطلان بالضرر.

٢٩٣- مذهب القانون المصري

لم يعن قانون تحقيق الجنايات الملغى بتنظيم نظري للبطلان ، واقتصر على تقرير البطلان في أحوال متفرقة (المواد ١٤٥ و ١٤٩ و ٢٣٥) . على أن هذا التصور لم يحل دون اتجاه الفقه والقضاء إلى اعتناق مذهب البطلان الذاتي . وقد صدر قانون الإجراءات الجنائية الحالي وعالج لأول مرة موضوع البطلان (المواد ١٣٣ إلى ٣٣٧) ، فلم ينص على البطلان إلا في حالة واحدة هي عدم التوقيع على الحكم خلال ثلاثين يوما (المادة ٣١٢ / ٢) إجراءات ، واعتنق مذهب البطلان الذاتي فنص على ترتيب البطلان عند عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأى إجراء جوهري . وفي هذا النطاق اعتنق المشرع المصري النظرية الثانية في السياسة الإجرائية للبطلان .

(١) انظر:

Wilfrid Jeandidier, les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme: Cinq ans de jurisprudence de la chambre criminelle (1983 - 1987), Archives de politique criminelle, No.II (1989), p.72.

وقد أخذ القانون الليبي بمواد البطلان في قانون الإجراءات الجنائية المصري ، وتأثر بها القانون التونسي ، واقتصر القانونان اللبناني والسوري على تقرير البطلان في حالات معينة^(١).

٢٩٤- مذهب القانون الفرنسي

جمع قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المعدل بالقانون الصادر في ٤ يناير ١٩٩٣ والمعمول به اعتباراً من أول مارس ١٩٩٣ بين المذاهب الثلاثة السابقة : فأخذ بمذهب البطلان القانوني بالنسبة لأحوال البطلان المتعلقة بالنظام العام (المادة ١٧١ إجراءات فرنسي المعدلة بالمادة ٧١ من القانون الصادر في ٤ يناير ١٩٩٣) . وأخذ بمذهب البطلان الذاتي ومذهب لا بطلان بغير ضرر بالنسبة لأحوال البطلان المتعلقة بمصلحة الخصوم ، فأجاز البطلان لعيب جوهري بشرط أن يلحق ضرراً بمصالح الخصم الذي يتعلق به العيب (المادة ١٧٢ إجراءات فرنسي المعدلة للمادة ٧١ من القانون الصادر في ٤ يناير ١٩٩٣)^(٢).

٢٩٥- الإجراء الجوهري

ميز قانون الإجراءات الجنائية المصري بين ما أسماه بالإجراء الجوهري والإجراء غير الجوهري ، فنص في المادة ٣٣١ من قانون الإجراءات الجنائية على أن يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأى إجراء جوهري . ولابد أن نصحح ابتداء المفاهيم القانونية في هذا الشأن ، فإن الإجراء هو العمل القانوني الذي تتكون من مجموعه الخصومة الجنائية . فما هذه الخصومة إلا منظومة من أعمال قانونية تسمى بالإجراءات الجنائية تنتهى بالحكم الجنائي . والعمل الإجرائي - أى العمل القانوني داخل الخصومة الجنائية والمسمى بالإجراء - ليس إلا وحدة من هذه المنظومة . وكل عمل إجرائي له

(١) محمود مصطفى ، تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية ، سنة ١٩٦٩ ، ص ٢٤ و ٢٥ .

(٢) ولا يشترط في البطلان المتعلق بالنظام العام إثبات الضرر . وتنحصر حالاته فيما يمس الحرية الشخصية أو مبادئ التنظيم القضائي .

شروط لصحته ، بعضها شروط موضوعية (الصفة ، والاختصاص ، أو الأهلية الإجرائية ، والمحل الذى يرد عليه الإجراء) ، وبعضها الآخر شروط شكلية تسمى فى فقه الإجراءات الجنائية بالأشكال مثل البيانات والمواعيد .

والواقع من الأمر ، فإن شروط صحة العمل الإجرائى فى الخصومة الجنائية ليست إلا ضمانات لاحترام الحقوق والحريات وغيرها من حقوق الإنسان للوصول إلى محاكمة قانونية منصفة . فهى الضمانات التى يتطلبها الدستور والقانون لحماية هذه الحقوق فى الخصومة الجنائية والتى أكدت الشرعية الإجرائية باعتبارها الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية ، فإذا خرجت شروط صحة العمل الإجرائى عن وظيفتها فى ضمان ما كفله الدستور من حقوق كان الشرط مخالفا للشرعية الدستورية . ولقد بينا فيما تقدم أن أصل البراءة يتطلب ضمان احترام الحرية الشخصية (الحق فى سلامة الجسم ، حرية التنقل والحق فى الحياة الخاصة ، «حرمة الشخص وحرمة المسكن وحرمة المراسلات وحرمة المحادثات الشخصية») ، وحقوق الدفاع ، وأن الضمان القضائى له متطلبات معينة هى الاستقلال ، والحيدة ، والمساواة أمام القضاء ، والقضاء الطيعى ، وأن ممارسة الضمان القضائى يخضع لمبادئ معينة منها ما نص عليه الدستور (علانية المحاكمة ، وسرعتها ، وكفالة محام عن المتهم بجناية ، وتسبب الأحكام ، وعدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة) ومنها ما نص عليه القانون مثل شفوية المرافعة ، ومباشرة المحكمة بنفسها جميع إجراءات الدعوى قبل الفصل فيها ، ومبدأ حضور الخصوم الإجراءات .

وإذا تطلب نص فى القانون شرطا لصحة العمل الإجرائى على نحو يمس جوهر الحق أو الحرية التى كفلها الدستور ، فإن هذا النص يعتبر مخالفا للشرعية الدستورية . وتطبيقا لذلك ، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٢٣ / ٢ من قانون الإجراءات الجنائية بعدم دستورية ما أوجبه القانون من تقييد حق تقديم الدليل من المتهم بالقذف بطريق النشر فى حق موظف عام على كل فعل أسنده إليه بمدة خمسة أيام تالية لأول استجواب له ، وذلك على أساس أن هذا القيد يعتبر إهدارا لحقوق الإنسان (الأول) هو حرية التعبير والحق فى النقد ، وذلك باعتبار أن إسقاط الحق فى تقديم الدليل لدرء تهمة القذف بمضى المدة التى حددها القانون يعوق

ممارسة الحق في النقد. و (الثاني) الحق في الدفاع الذي يتأثر ويضعف بسبب تقييد الحق في دليل البراءة^(١).

ويجب التمييز بين شروط صحة العمل الإجرائي والتي هي في جوهرها ترجمة للضمانات التي يكفل بها القانون إقامة محاكمة منصفة، وبين القواعد الإرشادية التنظيمية التي لا تنطوي على حماية للضمانات. فهذه الأخيرة بمثابة قواعد لتنظيم الأمور وحسن تسييرها ولا يترتب عليها البطلان. مثال ذلك أن القانون لم يترتب البطلان على مجرد عدم توقيع كاتب الجلسة على محاضرها والحكم، بل إنها يكون لهما قوامهما القانوني بتوقيع رئيس الجلسة عليهما، وأنه لا يقع البطلان عند الإخلال بترتيب الإجراءات في الجلسة، ولا بطلان عند الخطأ في إجراءات تحرير المضبوطات، والخطأ في ذكر مادة القانون في الحكم بالإدانة، وإغفال بيان محل المتهم في الحكم، وحضور المتهم في أثناء التفتيش. فالقواعد الإجرائية الإرشادية لا تحتوى ضمانا للحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات، وإنما تحمي حقوقا أخرى تتعلق بتنظيم الدليل لا قبوله أي مشروعيته، وتنطوي على إرشادات للجهة القائمة على إدارة الدليل. فهي تتضمن بذلك ضمانات لتنظيم الدليل. وهي ضمانات تختلف عن ضمانات الحقوق والحريات التي تتطلبها الشرعية الدستورية. وهذا النوع الثاني من الضمانات وحده هو الذي يترتب على إهداره البطلان.

وإذا تطلب الدستور أو القانون ضمانا معينا دون أن يرسم شكلا خاصا له، يكون هذا الضمان متروكا للمحكمة طالما سببت اقتناعها تسببا سليما. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المادة ٤٤ من الدستور فيما استحدثت من تسبب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه لم ترسم شكلا خاصا للتسبب، فإذا كانت سلطة التحقيق قد أصدرت أمرها بالتفتيش بناء على اقتناعها بجدية وكفاية الأسباب التي أفصح عنها طالب الأمر في محضره، ومن ثم يكون هذا الأمر مسببا في حكم المادة ٤٤ من الدستور^(٢).

وفي ضوء ما تقدم، فإن ما عبر عنه القانون بالإجراء الجوهري ينصرف مدلوله إلى

(١) دستورية عليا في ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٨ يونيو سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٣).

(٢) نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ٦٠ ص ٢٥٨.

الضمان الجوهري، وهو الضمان الذي يعتبر من ضمانات المحاكمة المنصفة سواء كان مصدرها الدستور أو القانون . أما الإجراء غير الجوهري فينصرف مدلوله إلى الضمان غير الجوهري الذي يحى تنظيم الدليل دون قبوله أى مشروعيته، ولا يتعلق بضمانات المحاكمة المنصفة .

٢٩٦- نوع البطلان

ميز القانون المصرى بين نوعين من البطلان هما البطلان المتعلق بالنظام العام (المادة ٣٣٢)، والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم (المادة ٢٣٣ إجراءات)، وعندما أشار القانون المصرى إلى البطلان المتعلق بالنظام العام (المادة ٣٣٢ إجراءات)، أورد أمثلة له فى ذات النص هى أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم فى الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها - وكلها تتعلق بالضمان القضائى كعنصر فى الشرعية الإجرائية . فما هو معيار هذا النوع من البطلان للتوصل إلى تطبيقات أخرى للبطلان المتعلق بالنظام العام؟ إذا رجعنا إلى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإجراءات الجنائية نجد أنها قد ذكرت أمثلة أخرى هى : «مخالفة الأحكام المتعلقة بعلانية الجلسات، وتسييب الأحكام، وحضور مدافع عن المتهم بجناية، وأخذ رأى المفتى عند الحكم بالإعدام، وإجراءات الطعن فى الأحكام» .

وإذا نظرنا إلى القانون الفرنسى نجد أنه أيضا قد ميز بين البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم . وقد حاول الفقه والقضاء إيجاد معيار للتمييز بينهما، فذهب البعض إلى أن النظام العام يتمثل فى القواعد اللازمة لصحة الإجراء^(١). ووصفه البعض الآخر بأنه وسيلة للدفاع عن المصالح العامة للمجتمع^(٢). وحدده البعض الآخر بأنه يتمثل فى القواعد التى تهم المبادئ الأساسية^(٣). ووصفه البعض الآخر بأنه هو الغاية العليا من الخصومة الجنائية^(٤).

وواقع الأمر، أن فكرة النظام العام محل تعريفات عديدة لم تفلح إحداها فى الوصول إلى الغرض المنشود، حتى قيل بأن النظام العام يستمد عظمتة من ذلك الغموض الذى

P. Chambon, note ou J.C.P. 1961, II. 11952.

R. Merle, note ou D. 1963, 157.

P. Esconde J.C.P. procédure pénale 170 a 174, No. 64.

A. Thomas - Chevallier, l'avocat et le juges l'insution These, Nancy, 1978, No. 609.

(١)

(٢)

(٣)

(٤)

يحيط به ، فمن مظاهر سموه أنه ظل متعاليا على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه . وفي هذا المعنى قالت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض المصرية إنه إن كان الشارع قد حاول تنظيم النظام العام إلا أن النصوص تدل عبارتها الصريحة على أن الشارع لم يحصر - وما كان في مقدوره أن يحصر - والقوانين السياسية والإدارية والمالية والجنائية أبدا متغيرة ، والمسائل المتعلقة بالنظام العام^(١) .

على أنه وإن كانت فكرة النظام العام من العمومية بحيث تسود جميع فروع القانون ، إلا أن تطبيقها يختلف باختلاف طبيعة كل من القوانين في الغرض الذي من أجله يراد تحديد مدلولها . وتعتبر الحقوق والحريات التي كفلها الدستور وكل ما يتعلق بالتنظيم الدستوري لسلطات الدولة في قمة النظام العام . وتعتبر ضمانات الأصل في المتهم البراءة ، والحق في التقاضي والمحاكمة المنصفة من النظام العام باعتبارها مستقاة من الدستور ذاته .

وإذا نظرنا إلى التطبيقات القضائية ، نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت من النظام العام البطالان المترتب على مخالفة كل من قاعدة اختصاص النيابة العامة بتحريك الدعوى الجنائية^(٢) ، وقاعدة اشتراط تقديم الشكوى لتحريك الدعوى الجنائية في بعض الجرائم^(٣) ، وقاعدة تقادم الدعوى الجنائية^(٤) ، وقاعدة قوة الأمر المقضي^(٥) ، والقواعد المتعلقة باختصاص المحاكم^(٦) ، وضرورة حضرة النيابة العامة في الجلسة^(٧) ، والقاعدة التي تحتم تحليف الخبراء أو شهود اليمين^(٨) ، وقاعدة شفوية المرافعة^(٩) ، والقواعد المحددة لطرق الطعن^(١٠) .

وتتفق التطبيقات القضائية سالفه الذكر مع ما عرف به البعض النظام العام بأنه كل ما يتعلق بنظام وتشكيل المحاكم واختصاصها وتحليف الشهود والخبراء اليمين ،

(١) نقض ٣ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ١٥٦ ص ٦٠٦ .

(٢) Crim, 10 Décembre 1963, D. 1953, D. 1954. 105, Pappot patin.

(٣) Crim, 5 Août 1984, J.C.P. 1949. II 4770, 16 Jan. 1984, No.16.

(٤) Crim, 28 Octobre 1981, Bull. No.283.

(٥) Crim, 20 Février 1939, Bull. So.

(٦) Crim, 15 Jan. 1973, Bull. 420 - 1977, Bull. Crim, No. 276.

(٧) Crim, 21 Octobre 1953, Bull, 270.

(٨) Crim, 19 Mai 1978, Bull. 157; 4 nau. 1983.

(٩) Crim, 12 Octobre, 1977, 303.

(١٠) Crim, 24 Janvier, 1979, Bull. 36.

وازدواج درجات التقاضى ، وقوة الأمر المقضى ، والتقدم وأشكال ومواعيد طرق الطعن^(١).

وإذا تأملنا فى تطبيقات القضاء المصرى نجد أن محكمة النقض المصرية قد قضت بأن الإجراءات التى تتخذ قبل صدور الطلب كقيد على سلطة النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية ورفعها ، تعتبر باطلة بطلانا متعلقا بالنظام العام^(٢).

ويعتبر الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية لصدور حكم بات فيها من النظام العام^(٣) ، وكما أن بطلان التحقيق الذى تجر به النيابة العامة بناء على ندب المحكمة إياها أثناء سير المحاكمة يعتبر من النظام العام لمساسه بالتنظيم القضائى ، كما أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى من قاض لم يسمع المرافعة فيها يعتبر باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام^(٤).

وباستقراء تطبيقات القضاء المصرى والفرنسى يتضح أن فكرة النظام العام ترتب بضمانات المحاكمة المنصفة والمتمثلة فى احترام الحرية الشخصية بناء على أصل البراءة ، وكل ما يتصل بالضمان القضائى . فهذه الضمانات أعلنها الدستور والتزم بها القانون . ولاشك أن ما يتطلبه الدستور وهو فى قمة النظام العام ، ويؤدى إلى اعتبار البطلان المترتب على مخالفته متعلقا بالنظام العام^(٥).

وفىما يتعلق بضمانات الحرية الشخصية التى تضمنها فى مواجهة القبض وتفتيش الشخص والمسكن والاطلاع على المراسلات والمحادثات الشخصية ، فإنها تتعلق بالنظام العام . وفى هذا الصدد يجب التنبيه إلى وقوع الإجراء الذى يترتب عليه المساس بالحرية الشخصية . فإذا كان المساس المذكور تم برضاء المتهم ، فلا مجال للحديث عن الإجراءات الجنائية لأنها لا تباشر إلا باسم السلطة وقسرا على المتهم لا برضائه . ولهذا قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت — فى حدود السلطة

(١) A. Maurice - Hessant, "Réflexions sur l'article 802 C.P.P.", D.1976, Chs., p.117.

(٢) نقض ١٥ إبريل سنة ١٩٦٨ ، مجموعة الأحكام س ١٩ ص ٤١ .

(٣) نقض ١٣ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة الأحكام س ٢٠ ص ١٠٥٦ .

(٤) نقض ٢ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة الأحكام س ١٨ ص ٨٩١ ، ٢٨ مارس سنة ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٥٠٠ .

(٥) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٤ مجموعة الأحكام س ٣٥ ص ٩٣٤ .

المخوله لها ، ومن الأدلة السائغة التى أوردتها أن رضاء الطاعنين بالتفتيش كان صريحا غير مشوب ، وأنه سبق إجراء التفتيش - فإن الحكم يكون سليما فيما انتهى إليه من رفض الدفاع ببطلان التفتيش^(٤) . ومن ناحية أخرى ، قضت محكمة النقض بأن تفتيش الأمتعة والأشخاص الذين يدخلون إلى الدائرة الجمركية أو يخرجون منها هو نوع من التفتيش الإدارى الذى يخرج عن نطاق التفتيش بمعناه الصحيح ، لأنه من ضرب الكشف عن أفعال التهريب ولا يتطلب فيه الشارع قيود القبض والتفتيش المنظمة فى قانون الإجراءات الجنائية . ففى هذا المثال الأخير لا يعتبر التفتيش إجراء جنائيا ، وبالتالي فلا محل لاشتراط الضمانات التى أوجبها الدستور والقانون ، مما لا مجال معه للحديث عن البطلان . والدليل المستمد من هذا التفتيش الإدارى ينبعث مما أسفرت عنه حالة التلبس التى نتجت عن عمل مشروع هو التفتيش الإدارى .

وفى ضوء ما تقدم فإنه لا مجال للقول بتصحيح البطلان المترتب على إهدار ضمانات الحرية الشخصية إذا كانت الأعمال الماسة بها صحيحة ، لأن هذه الصحة تبنى على أسس أخرى بعيدة عن قانون الإجراءات الجنائية . فالرضاء بالتفتيش يزيل صبغة الاعتداء على حرمة المسكن ، مما لا محل معه للحديث عن الضمانات . والمساس بحرمة الشخص للبحث عن وعاء الضريبة الجمركية فى الدائرة الجمركية بغية تقديرها لا يعتبر إجراء جنائيا بالمعنى المفهوم فى قانون الإجراءات الجنائية ، مما يخرجها عن دائرة الجزاء الإجرائى وهو البطلان . ويشترط فى هذا الرضاء بطبيعة الحال أن يرد على حق تتوقف ممارسته على إرادة صاحبه ، وهو ما لا يسرى على الحق فى سلامة الجسم ، مما لا يتصور معه الرضاء بالتعذيب .

ويثور البحث بعد ذلك عن البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم . وفى هذا الصدد نصت المادة ٣٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه فى غير الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة (الخاصة بالبطلان المتعلق بالنظام العام) يسقط الحق فى الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائى أو التحقيق بالجلسة فى الجنايات والجنائيات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه . أما فى مواد المخالفات فيعتبر الإجراء صحيحا ، إذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه

(١) نقض ٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة الأحكام س ١٤ ص ٨٨ .

محام في الجلسة . وكذلك يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنياابة العامة إذا لم يتمسك به في حينه .

وتطبيقا لذلك ، قضت محكمة النقض بأن حق المتهم في الدفع ببطلان الإجراءات المبني على أن المحكمة استجوبته يسقط إذا حصل الاستجواب بحضور محاميه ولم يبد اعتراض عليه ، لأن ذلك يدل على أن مصلحته لم تتأثر بالاستجواب^(١) ، وحقيقة الأمر ، أن الاستجواب بواسطة المحكمة جائز متى قبله المتهم . وقضت بأنه إذا استدعت المحكمة الطبيب الشرعي وناقشته بحضور المتهم ومحاميه دون أن يعترض على شيء ، فلا يحق للمتهم النص على المحكمة لمخالفتها القانون في هذا الإجراء^(٢) . ومن أمثلة البطلان المتعلقة بمصلحة الخصوم ما يترتب على الإخلال بممارسة الدفاع لأن الإخلال النهائي يتوقف على مدى تمسكه بالبطلان ، وذلك باعتبار أن هذا الحق يعطى لصاحبه حرية تناوله بالأسلوب الذي يريده ، فإن هو ارتضى بعلمه أداء معين لحقه في الدفاع ، فلا يجوز له التمسك بالبطلان ، لأنه كان مساهما في المخالفة التي أدت إلى هذا البطلان مما يحول دون وقوعه . ومن تطبيقات ذلك ، ما يثور بشأن حق الدفاع في أن تقوم المحكمة بتنبيهه إلى تغيير وضع التهمة أو تعديلها . فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن كل ما يشترطه القانون هو تنبيه المتهم إلى ذلك التغيير أو التعديل بأية كيفية تراها المحكمة محقة لهذا الغرض - سواء كان صريحا أو ضمنيا أو باتخاذ إجراء يتم في مواجهة الدفاع وينصرف مدلوله إليه . وتطبيقا لذلك ، قضى بأنه يكفي لضمان حقوق الدفاع أن تدور المناقشة في الجلسة على العناصر الجديدة التي أضافتها المحكمة واستندت إليها في تعديل التهمة ، ففي هذه الحالة تتحقق الغاية من هذا التنبيه بما يغني عنه^(٣) .

ويلاحظ أن محكمة النقض قد قضت بأن البطلان الذي يترتب على إجراء عضو النيابة تحقيقا في غير اختصاصه هو بطلان نسبي ، فإذا حضر محام في أثناء التحقيق مع المتهم بالنيابة ولم يتمسك ببطلان التحقيق عند إجراءاته ، فإن الحق في الدفع به يسقط عملا بالمادة ٣٣٣ إجراءات جنائية^(١) . وهذا الحكم متقد لأن اختصاص النيابة العامة

(١) نقض ١٨ فبراير سنة ١٩٧٤ مجموعة الأحكام س ٢٥ ص ١٥١ ، ٢٣ مايو سنة ١٩٧٦ س ٢٧ ص

٥١٩ ، ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٨٣ س ٣٤ ص ١١٠ ، ٣ إبريل سنة ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٥٢٤ .

(٢) نقض ١٢ مارس سنة ١٩٧٢ ، مجموعة الأحكام س ٢٣ ص ٣٦٩ .

(٣) نقض ١٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة الأحكام س ٣ ص ٩٥٦ .

يتعلق بالنظام العام، باعتبار أنها حين تقوم بالتحقيق الابتدائي تباشر وظيفة قضائية، بها تمارس الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية، وهو ما يتعلق بالنظام العام.

ومع ذلك فيجدر التنبيه إلى أن وجوب حضور محام عن المتهم في جناية (المادة ٦٧/٢ من الدستور) ليس محض ممارسة لحق الدفاع يترخص فيه المدافع بحرية، بل هو التزام يقع على المحكمة قبل أن يقع على المتهم، مما يجعله من المبادئ العامة التي تلتزم بها المحكمة ويعتبر من أسس الممارسة القضائية لمحكمة الجنايات، الأمر الذي يجعله وجهاً للضمان القضائي في الشرعية الإجرائية وهو ما يتعلق بالنظام العام (المادة ١٨٨ إجراءات). وقد عنيت محكمة النقض بتوفير مقومات الفاعلية لهذا الضمان، فاشتطت أن يتمكن محامي المتهم من متابعة إجراءات المحاكمة بالجلسة من أولها إلى آخرها^(٢)، واعتبرت حق المتهم في اختيار محاميه مقدماً على حق المحكمة في تعيينه^(٣)، وكفلت عدم التعارض بين المتهمين عند وحده الدفاع عنهم^(٤)، وأوجبت أن يكون المحامي قادراً على الدفاع^(٥).

كما يلاحظ أن تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف وسكوت المتهم عن الدفع ببطلان الاعتراف لا يمنع من اعتباره متعلقاً بالنظام العام، لأن المسألة تخرج من نطاق حقوق الدفاع لأنها تتعلق بالاعتداء على الحرية الشخصية التي يعتبر المساس بها من أمهات النظام العام^(٦).

فإذا نظرنا إلى القضاء الفرنسي نجد أنه قد اشترط في البطلان المتعلق بمصلحة

(١) نقض ٢٣ إبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٩٩ ص ٣٩٦، وانظر ١٤ مايو سنة ١٩٦٣ س ١٤ رقم ٨٠ ص ٤١٣، ١٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ س ١٤ رقم ١١٢ ص ٦٠٣، ١٨ يناير سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٧ ص ٦٩.

(٢) انظر على سبيل المثال نقض ٤ يناير سنة ١٩٧٦ مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٢ ص ١٧.

(٣) انظر على سبيل المثال نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٧ مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ١٨٥ ص ٩٢٦.

(٤) انظر على سبيل المثال نقض ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٠٣ ص ١٠٠.

(٥) انظر على سبيل المثال مفهوم المخالفة، نقض ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٠٠٨.

(٦) قضت محكمة النقض بأن الأصل أن الاعتراف الذي يعول عليه يجب أن يكون اختيارياً وهو لا يعتبر كذلك - ولو كان صادقا - إذا صدر إثر إكراه أو تهديد كائن ما كان قدر هذا التهديد أو ذلك الإكراه (نقض ٢٢ يونية سنة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام س ٤٦، ص ٥٢٨، ١٧ يناير سنة ١٩٩٣ س ٤٤، ص ٧٩).

الخصوم أن يكون قد أصاب بالضرر الخصم الذى يتمسك بالبطلان (المادة ٨٠٢ إجراءات فرنسي المعدل بالقانون الصادر في ٢٤ أغسطس سنة ١٩٩٣). وفي صدد تحديد المفهوم بالضرر ذهب رأى إلى التوسع في مفهوم الضرر باعتبار كل خطأ إجرائي يؤدي إلى البطلان ينطوي على ضرر، إلا أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى التضييق من هذا المفهوم واعتبار الرأي السابق مخالفاً لقصد المشرع واشترطت أن يكون من شأن المخالفة إحداث ضرر بالخصم الذى يتمسك بالبطلان^(١). وقد ثار البحث عما إذا كان شرط الضرر يسرى أيضاً على البطلان المتعلق بالنظام العام. وقد ذهب البعض^(٢) إلى ذلك تطبيقاً لقانون المرافعات المدنية الذى اشترط الضرر في نوعي البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم (المادة ١١٤ / ٢ مرافعات فرنسي). وقد لقي هذا الرأي نقداً لأن قانون المرافعات لا يسد النقص الذى يوجد في قانون الإجراءات الجنائية لاختلاف طبيعة كل من القانونين^(٣). كما أن الأشكال المتعلقة بالنظام العام أساسية وتتفق مع المصلحة العامة^(٤) التى تعلو على المصالح الخاصة مما لا يجوز معه تغطيتها حتى ولو تخلف شرط الضرر، مما يتعين معه استبعاد البطلان المتعلق بالنظام العام من نطاق المادة ٨٠٢ إجراءات التى نصت على شرط الضرر. وقد أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية^(٥).

والخلاصة، فإن البطلان المتعلق بالنظام العام هو الذى يترتب على إهدار الضمانات الدستورية التى تكفل حماية الحقوق والحريات. فكلها تستظل بالشرعية الدستورية. ولا تفرقة في ذلك بين حق الدفاع وغيره من الضمانات غاية ما هنالك أن حرية ممارسة

(١) Crim., 25 Janvier 1977, Bull. crim, No. 31; 27 Février 1978, J.C.P. 1979. 11. 19113, note (١) p. Chambon.

(٢) J. Vincent et S. Guinchard, procédure civile, 1991, No.83.

(٣) Crim., 19 Janvier 1982, Bull. crim, No.18.

(٤) J.P., note au crim 25 Février 1980, Grands arrêts du droit criminel, tome2, le procès et la sanction, p.172.

(٥) Crim., 10 Novembre 1977, D.1978.

انظر:

Crim., 17 Avril 1980, J.C.P. 1981. 17. 1963.

Crim., 2 Décembre 1980, Bull. crim No.327, crim., 17 Février et 17 Mars 1981, Bull. crim., No. 65 et 96.

حق الدفاع بالكيفية التي يراها، طالما أنها لا تمس حقه في الدفاع، فإن كيفية ممارسته لهذه الحقوق تتعلق بمصلحته مع ملاحظة أن حضور محام مع المتهم بجناية أمام محكمة الجنايات هو التزام قضائي على المحكمة يمس حق الدفاع من حيث المبدأ، كما أنه يتعلق بواجب المحكمة ذاتها لتحقيق حسن إدارة العدالة أمام محكمة الجنايات، كما أن تعذيب المتهم يمس حرية الشخصية لا مجرد حق الدفاع.

وغنى عن البيان، فإن البطلان المتعلق بالنظام العام يجوز التمسك في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولا يجوز التنازل عنه، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها^(١). هذا بخلاف البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم، فإنه لا يجوز التمسك به إلا أمام محكمة الموضوع ويسقط الدفع إذا وقع البطلان في حضور محامي المتهم بدون اعتراض منه، ويجوز التنازل عن هذا الدفع، ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها.

ونبه إلى أنه أيا كان نوع البطلان، متعلقا بالنظام العام أو بمصلحة الخصوم، فلا يجوز التمسك به إلا من صاحب الصفة في ذلك، فلا وجه للمتهم في أن يتمسك ببطلان الإجراءات التي تمت في حق غيره من المتهمين^(٢)، ولا يقبل الدفع ببطلان تفتيش المسكن من غير حائزه^(٣) باعتباره صاحب الحق في حرمة، ولا يجوز الخلط في هذا الشأن بين شرط الصفة والمصلحة أو الضرر، فالصفة التي يتطلبها القانون عند الدفع بالبطلان أن يكون صاحب الدفع هو بذاته صاحب الحق الذي مسه البطلان.

كل هذا دون الإخلال بسلطة المحكمة من تلقاء نفسها في الحكم بالبطلان المتعلق بالنظام العام وإهدار الدليل المستمد منه. إلا أنه لا يجوز لغير صاحب الصفة في البطلان (أى الذى لم يمس الإجراء الباطل أحد حقوقه وحرياته الدستورية) أن يتمسك به.

(١) ويتحقق ذلك إذا كان الدليل غير مشروع لكونه ثمرة لإجراء باطل بطلانا متعلقا بالنظام العام، مثل الأحاديث الشخصية المسجلة بناء على تسجيل باطل لمساسه بالحق في الحياة الخاصة.

(٢) انظر مثالا لذلك، نقض ٢ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة الأحكام س ٥ رقم ١٣٤ ص ٤٠٥.

(٣) مثال ذلك، نقض ٨ إبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة الأحكام س ١٤ ص ٢٩٥.

المبحث الثاني الرقابة القضائية من خلال الطعن

٢٩٧-تمهيد

عرضنا فيما تقدم للرقابة القضائية على صحة الإجراءات، والتي تباشرها المحكمة بحكم وظيفتها القضائية. على أن المحكمة قد تباشر هذه الرقابة من خلال الطعن. ويحدد القانون سلطة المحكمة التي تنظر الطعن، سواء فيما يتعلق بإعادة نظر موضوع الدعوى من جميع الوجوه؛ أو فيما يتعلق بمشروعية الحكم والإجراءات التي بنى عليها، أو فيما يتعلق بمدى مطابقتها للقانون.

وسوف نبحث فيما يلي من زاوية الشرعية الإجرائية، موضوعين هما:

١- القيم الدستورية لقاعدة ازدواج درجة التقاضى.

٢- القيم الدستورية للطعن بالنقض.

٢٩٨-مدى الأهمية الدستورية لقاعدة ازدواج درجة التقاضى

هل ينال الطعن بالاستئناف قيمة دستورية بوصفه درجة ثانية للتقاضى؟

ذهب البعض إلى أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى ضمانة أساسية لمصالح المتقاضى، وللمصلحة العليا للعدالة. وقيل بأن الاستئناف باعتباره طريقا للطعن يلجأ إليه الطرف الذى يعتقد أن ضررا قد حاق به بسبب صدور حكم محكمة أول درجة، يعتبر ضمانة غالبا للمتقاضى، ومن ثم يجب اعتباره مبدأ عاما فى الإجراءات، ومن ثم فإن قاعدة ازدواج التقاضى تعتبر ضمانة لحسن العدالة^(١).

لقد لوحظ فى فرنسا أن تاريخ القانون القضائى قد شهد احتراما لقاعدة ازدواج

Thierry Renaux, op. cit., p.

(١) انظر:

درجة التقاضى عدا بعض استثناءات قررها المشرع . واستقر قضاء محكمة النقض ومجلس الدولة في فرنسا على أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الخروج عنها إلا بنص تشريعى . وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بأنه لا يجوز لمرسوم "decret" (يقابله القرار الجمهورى) أن يسلب حق الاستئناف اعتمادا على أن ازدواج درجة التقاضى يعتبر مبدأ عاما في الإجراءات ، وأن التشريع وحده هو الذى يملك المساس بهذا الحق^(١) . وبناء على ذلك ، فلا يجوز لللائحة التنفيذية للقانون أن تسلب حق أحد أطراف الدعوى في الاستئناف إذا نص عليه القانون .

إلا أنه بعرض الموضوع على المجلس الدستورى الفرنسى للنظر في مدى شرعية النص في مرسوم على عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية في شأن الرسوم والضرائب المشار إليها ، قرر بأن قاعدة ازدواج درجة التقاضى لا تعتبر ضمنا أساسيا في مجال المنازعات الضريبية ، وأنه يمكن للسلطة اللائحية أن تلغى الحق في الاستئناف بمرسوم^(٢) .

كما قرر المجلس الدستورى الفرنسى بالنسبة للمنازعات الإدارية بأن تأخر المحكمة الإدارية في الفصل في الدعوى في خلال مدة الشهرين التى حددتها اللائحة ، يخرج الدعوى من حوزة المحكمة لتدخل في اختصاص مجلس الدولة ويفصل فيها أولا^(٣) . وقيل بأن المجلس بهذا القرار اعتمد على أن الاستئناف لا يعتبر من المبادئ العامة في القانون مما يميز لللائحة النص على إلغائه ، وأنه ذو قيمة لائحية محضة .

وقد ذهب الفقه الفرنسى^(٤) في ضوء قرارى المجلس الدستورى سالفى الذكر بأن باب البحث مازال مفتوحا أمام المجلس الدستورى على أساس أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تعتبر ضمنا للحياد القضائى يشجع مصالح المتقاضين ، على أساس أن الفرصة المتاحة للمتقاضى في عرض الدعوى على قضاة جدد تزيل أية شبهة حول استقلال قضاة محكمة أول درجة . وأضاف هذا رأى أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تعتبر عاملا من عوامل الأمن القانونى (Sécurité du droit) ، لأن الاستئناف يتفادى ما عسى أن يشوب حكم محكمة أول درجة من عيوب بسبب اعتمادها على ملف خلا من

C.E. 4 Février 1944, note Jeze, R.D.P. 1944, p. 176 et S.

(١)

Déc No. 82 - 113 du 14 Mai 1980, Recueil jur. const., p. 78.

(٢)

Décision, No. 75 - 84 I du 19 Novembre 1975, Rec. 1975, p. 35.

(٣)

Thierry Renoux, op. cit., p. 386.

(٤) انظر:

جميع أدلة الإثبات، أو بسبب سوء تقديرها، وأن الاستئناف على هذا النحو يصبح أكثر من مجرد إعادة نظر ملف الدعوى لكن يعتبر طريقاً لإنهاء الفصل في الدعوى (Voie d'achèvement du procès)، وأنه بناء على ذلك، فإن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تعتبر مبدأ إجرائياً عاماً لا يجوز أن يلحقه المساس إلا بنص تشريعى، بل وإن استبعاد الحق في استئناف أحد الأحكام يعنى تعديل اختصاص محكمة الاستئناف، مما لا يجوز النص عليه إلا في القانون إعمالاً لقاعدة أن القانون هو مصدر قواعد الإجراءات الجنائية^(١). وهى وجهة نظر لم يأخذ بها المجلس الدستورى الفرنسى.

إلا أن المجلس الدستورى الفرنسى عنى بتقرير أنه لا يجوز أن يتقرر مبدأ التقاضى وفقاً لمشيئة الخصم، ففضى النص التشريعى الذى يميز للمجنى عليه أن يدعى مدنيا لأول مرة أمام محكمة الاستئناف على أساس أن هذا المسلك يجعل الكلمة بيده في حرمان المتهم من حق استئناف الحكم الصادر في الدعوى المدنية إذا لم يدع مدنيا أمام محكمة أول درجة^(٢).

وفيما يتعلق بالقيمة الدستورية لقاعدة ازدواج درجة التقاضى في مصر، ذهبت المحكمة الدستوية العليا في مصر إلى أن ما ينص عليه المشرع من عدم جواز الطعن في بعض الأحكام القضائية، لا مخالفة فيه لنصوص الدستور التى لا تحول دون قصر التقاضى على درجة واحدة في المسائل التى فصل الحكم فيها^(٣)، وأن قصر التقاضى على درجة واحدة يدخل في إطار السلطة التقديرية للمشرع^(٤). إلا أن المحكمة الدستورية العليا^(٥) أكدت بأن قصر التقاضى في المسائل التى فصل فيها على درجة واحدة، وإن كان يدخل في إطار السلطة التقديرية التى يملكها المشرع، وبالقدر وفي الحدود الضيقة التى تقتضيها مصلحة عامة لها ثقلها، إلا أن المشرع إذا اختار التقاضى على درجتين، فإن كلا منهما ينبغى أن تستكمل ملامحها، وأن يكون استنفادها بعد

(١) Thierry Renoux, op. cit., p. 387.

(٢) Déc. no. 80-127 du 19 et 20 janvier 1981, Recueil jur. const., p. 91.

(٣) المحكمة الدستورية العليا في ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ في القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٩١ (العدد ٥١ تابع).

(٤) دستورية عليا في ٧ مارس سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ (العدد ١٢ تابع).

(٥) دستورية عليا في ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ (العدد ٨).

الانتفاع من ضماناتها دون نقصان، ذلك أن التقاضى على درجتين كلما كان مقررا بنصوص أمرة يعتبر أصلا في اقتضاء الحقوق المتنازع عليها، ومؤداه أن الخصومة القضائية لا تبلغ نهايتها إلا بعد استغراقها لمراحلها بالفصل استثنافيا منها^(١). ولا يعنى ذلك الحكم عدول المحكمة الدستورية العليا عن قضائها السابق في هذا الشأن، لأنها أكدت في حكمها المذكور ما مؤداه جواز انغلاق طرق الطعن في الأحكام، بشرط أن يتحدد وفق أسس موضوعية لا يندرج تحتها مجرد سرعة الفصل في القضايا بما يناقض طبيعتها ومع مراعاة مبدأ المساواة أمام القانون^(٢).

وننبه إلى أن تقرير مدى جواز الطعن من عدمه مسألة قانونية تفصل فيها جهة القضاء التي يرفع إليها الخصم طعنه، أى دعواه، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يمنع التقرير بالطعن بحجة عدم جوازه، وإلا كان ذلك المنع افتئاتا على الحق في الالتجاء إلى القضاء وانتهاكا لحكم الدستور والقانون^(٣).

٢٩٩- مدى الأهمية الدستورية للطعن بالنقض

باستقراء النظم القضائية نجد أنفسنا أمام نموذجين للمحكمة القضائية العليا:

١- النموذج البريطاني متمثلا في المحكمة العليا كدرجة ثالثة للتقاضى وتندمج في نظام درجات التقاضى ومثالها مجلس اللوردات في بريطانيا.

٢- النموذج الفرنسى متمثلا في محكمة النقض (ومثالها في فرنسا ومصر). وتختص

(١) وفي ضوء هذا المبدأ تثار الشبهة حول مدى دستورية المادة ١٩/٤ إجراءات التي نصت على أنه إذا حكمت محكمة أول درجة في الموضوع، ورأت المحكمة الاستئنافية أن هناك بطلانا في الإجراءات أو في الحكم، تصحح البطلان وتحكم في الدعوى. وعلة هذه الشبهة أن البطلان له قيمة دستورية حسبنا من قبل، وهو لا ينتج أثرا، الأمر الذى يؤدي إلى انتقاض إحدى درجتى التقاضى من حوكما أمام محكمة أول درجة وفقا لإجراءات باطلة، كما أن مبدأ المساواة يتطلب مساواة الجميع في المحاكمة أمام درجتين من درجات القضاء وفقا لإجراءات صحيحة.

(٢) دستورية عليا في ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ سالف الإشارة إليه.

(٣) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا أن المنع المنسوب إلى قلم كتاب المحكمة في قيد الدعوى (ويسرى ذلك على التقرير بالطعن) ليشكل قرارا إداريا ينطوى على عدوان صارخ على حق دستورى كفه الدستور لجميع المواطنين ألا وهو حق الالتجاء إلى القضاء، وهو حق مصون ومكفول للناس كافة، ولا يجوز لأقلام الكتاب بالمحاكم الامتناع عن قيد الدعاوى التي يرغب المواطنون في إقامتها، لأن هذا الامتناع يصادر بغير حق وبغير سند من القانون الضمان الدستورى لسيادة القانون ألا وهو حق الالتجاء إلى القضاء (٢٣ إبريل سنة ١٩٨٣ في الطعن رقم ٤٥٤ و ٦٩٤ لسنة ٢٧ ق، مجموعة أحكام الإدارية العليا س ٢٨ قاعدة ١٠١ ص ٦٧٩).

هذه المحكمة أساسا بمراقبة صحة تطبيق القانون والسعى نحو الوصول إلى وحدة التطبيق القضائي وتطوير تفسير قواعد القانون^(١).

وقد لاحظ المؤتمر التمهيدى التحضيرى للمؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات، والذي انعقد سنة ١٩٨٦ ظاهرة زيادة العبء الملقى على عاتق المحكمة العليا من كثرة القضايا المعروضة عليها، وهو ما سبق أن بحثه المؤتمر العاشر للأكاديمية الدولية للقانون المقارن فى بودابست سنة ١٩٧٨.

وإذ بحث المؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات هذه المشكلة. أوصى بعدة حلول تمس إجراءات المحكمة، والتنظيم القضائي، ونشاط نقابة المحامين، والخدمة المتاحة لقضاة المحكمة. ففما يتعلق بإجراءات المحكمة يمكن استحداث نظام لتنقية الطعون المرفوعة أمام المحكمة بالتنظيم القضائي وذلك بإنشاء محكمة للدرجة الثانية تنظر القضايا قبل عرضها على المحكمة العليا. وفيما يتعلق بنشاط نقابة المحامين يمكن الأخذ بنظام تخصيص المحامين المقبولين أمام هذه المحكمة. أما فيما يتعلق بالخدمة المتاحة لقضاة المحكمة العليا، فقد اقترح تحسين المساعدة المتاحة لهؤلاء القضاة مثل توفير مساعدى القضاة الأكفاء كالباحثين، وتوفير الوسائل التقنية الحديثة. وقد اقترح البعض تقليل فرص الطعن أمام المحكمة العليا بحيث يقتصر على القضايا التى يلزم فيها توحيد التطبيق القضائي للقواعد القانونية^(٢). بينما عارض البعض الآخر فى ذلك مناديا بأن محاولات تطوير الإجراءات الجنائية لضمان سرعة الفصل فى القضايا يجب أن تبنى فى طريقها دون المساس بالضمانات الإجرائية المتاحة لإعلاء سيادة القانون، أو تلك التى تكفل فاعلية الدفاع^(٣). وقد لاحظ البعض أن زيادة عدد الدوائر القضائية قد يعرض للخطر وظيفة محكمة النقض فى توحيد التطبيق القضائي للقانون. ويقود هذا البحث إلى بيان القيمة القانونية والدستورية للطعن بالنقض.

(١) انظر Pisani فى التقرير العام الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات فى موضوع (العلاقة بين التنظيم القضائي وقواعد الإجراءات الجنائية).

Revuc internationale de droit pénal 60 année, 1989, p.641 et 642.

(٢) انظر تقرير Spinellis الأستاذ بجامعة أثينا المقدم للمؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات. Rev. Inter, de droit pénal, op. cit., p.828.

(٣) انظر تقرير R, Botcher المقدم للمؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات. Rev. Inter. de droit pénal, op. cit., p.980.

لقد اتجه المجلس الدستوري في فرنسا إلى أن الطعن بالنقض يعتبر ضمنا أساسيا لا يجوز لغير القانون وحده أن يحدد قواعده . وعلى هذا النحو فإن المجلس الدستوري^(١) قد أضفى على الطعن بالنقض الطبيعة التشريعية .

ومع ذلك ، فقد ثار البحث حول مدى تمتع الطعن بالنقض بقيمة دستورية .

وذهب البعض إلى أن باب هذا البحث لا زال مفتوحا وأنه بتحليل قرار المجلس الدستوري الفرنسي في مايو سنة ١٩٨٠ نجد أنه قد أشار بقوة إلى ما يتمتع به هذا الطعن من أهمية فائقة لحسن العدالة ، وأن هذا الطعن يسمح في واقع الأمر بالتحقق من أن محكمة الموضوع في حدود سلطتها المطلقة في تقدير الوقائع قد طبقت القانون تطبيقا سليما من خلال احترامها القواعد الشكلية الجوهرية . وأضاف هذا الاتجاه إلى أن الطعن بالنقض يكون لمصلحة القانون بواسطة النيابة العامة ، وأنه منذ نشأته يؤدي دورا أساسيا في حماية التطبيق السليم للقانون ، ويكفل بذلك احترام مبادئ وحدة القانون الوطني والمساواة أمام القانون ، وأن تفسيرها للقانون يسمح من خلال القيمة الرفيعة لأحكامها بتحقيق وحدة القضاء ، الأمر الذي يؤدي إلى ضمان الأمن والاستقرار القانوني^(٢).

وقد ثار الجدل من جديد في فرنسا حول مدى وجود حق أساسي في الطعن بالنقض ، بمناسبة طعن بالنقض رفع ضد قرار أصدرته غرفة الاتهام بمعاقبة أحد مأموري الضبط القضائي في حدود اختصاصها طبقا للمواد ٢٢٤ إلى ٢٣٠ إجراءات جنائية فرنسي بشأن إخلال مأموري الضبط القضائي بواجبات وظائفهم ؛ فطعن المحكوم عليه في هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية على أساس أن المادة ٥٦٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي تسمح بالطعن بالنقض في جميع القرارات والأحكام الصادرة منذ آخر درجة سواء في الجنايات أو الجنح أو المخالفات . وقد أسس الطاعن طعنه على أن رئيس غرفة الاتهام قد شارك في التحقيق المنسوب إليه مما لا يميز له في الوقت ذاته أن يشترك في محاكمته . إلا أن محكمة النقض الفرنسية سمحت لنفسها أن تنظر هذا الطعن رغم أن قرار غرفة المشورة لم يصدر في إحدى مواد الجنايات أو الجنح أو

(١) مشارا إليه في التقرير العام D. Pisani .

Rev. Inter. de droit pénal, op. cit., p.644.

Thierry Renoux, op. cit., p.388 , 389.Pisani

(٢) انظر :

المخالفات ، ورفضت هذا الطعن على أساس أن غرفة المشورة حين تمارس اختصاصها التأديبي المنصوص عليه في المواد من ٢٢٤ إلى ٢٣٠ إجراءات فرنسي لا تفصل في منازعات متعلقة بحقوق أو التزامات ذات طبيعة مدنية ولا تفصل في اتهام جنائي . ومن ثم ، فلا يتمتع الطاعن بالحق في ضمان محاكمة منصفة^(١) . وأنكرت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم عدم انطباق المادة ٦ / ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تضمن الحق في محاكمة منصفة . وقد أثار هذا الحكم عاصفة من النقد على أساس أن قبول محكمة النقض رقابتها على هذا الحكم من حيث المبدأ كان يوجب عليها بسط نطاق هذه الرقابة على ضمانات المحاكمة أمام غرفة المشورة ، باعتبار أن هذه الرقابة هي من واجبات المحكمة الأعلى^(٢) . ويتفق هذا المبدأ مع التقليد الذي جرت عليه محكمة النقض الفرنسية بفتح باب الطعن أمامها ما لم ينص القانون صراحة على عكس ذلك^(٣) .

Cass. Crim. 26 Février 1997, Bull., No. 78.

(١)

Serge Guinchard, op. cit., p.199.

(٢)

Cass. 12 Mai 1812, Jurisprudence générale, V. cassation No. 94.

(٣)

الباب الرابع

الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية في الظروف الاستثنائية

٣٠٠-تمهيد

بينما فيما تقدم الضمانات الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، ومع ذلك فإنه إذا تعرض أمن الدولة للخطر، قد تجدد ظروف استثنائية تدعو إلى الخروج عن بعض هذه الضمانات. وتبريرا لذلك قيل بأنه في هذه الظروف قد يتطلب الأمر في بعض الحالات وضع غلالة على الحرية^(١). كما قيل بأن حماية النظام العام هدف له قيمة دستورية قد يعتمد عليه المشرع لتقييد ممارسة الحريات الدستورية، لأنه بدون حماية النظام العام لا يمكن كفالة ممارسة هذه الحريات^(٢). إلا أن هذا القول اعترض عليه Laboulaye بقوله بأنه ليس صحيحا أن المحظور يصبح مشروعا، لأنه في الحالات الأكثر صعوبة يمكن

(١) انظر: Jean Gicquel, Les états de nécessité (droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports français au 11 congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel), Paris 1987, collection droit public positif 1987, p.181.

(٢) Philippe Terneyre, Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité, op. cit., p.191.

وانظر:

Cherif Bassiouni, Les états d'urgence et d'exception: (les droits de l'homme et de l'impunité sous couvert du droits Intangibles et États d'exception), Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 107- 123.

الدفاع بالقوانين العادلة والأحكام التي تصدر في الظروف العادية، وأنه لا يمكن وضع غلالة على الحرية، لأنه تحت هذه الغلالة تنتهك الحرية، وبهذا الانتهاك تقتل الحرية^(١).

إلا أن الظروف الاستثنائية قد تقتضى مبادرة السلطة العامة باتخاذ تدابير عاجلة أو إجراءات استثنائية لا تسمح بها قواعد القانون المقررة في الظروف العادية. ولذلك نجد أن الدولة عندما تواجه بعض الظروف الاستثنائية تضطر إلى التحلل من بعض القواعد المقررة في القوانين المنظمة للحرية لكي تفسح المجال أمام قواعد أخرى أكثر تضيقاً وتقييداً ولما كان هذا الموقف يتم في حدود الدستور، وكانت نصوص الدستور متكاملة متساندة، وكان يتعين المحافظة دوماً على النظام العام الدستوري، فإنه يتعين تحديد نطاق الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية في الظروف الاستثنائية.

إن تحديد هذه المسألة يتطلب البدء بتحديد أساس الظروف الاستثنائية. وبعد ذلك نحدد نطاق الضمانات الدستورية في هذه الظروف.

Au fond, on ne voile pas la liberté, on la viole et, en la violant, on la tue, (Gilles Lebre-^(١) ton, op. cit., p. 188).

الفصل الأول

أساس الظروف الاستثنائية

ترتكز الظروف الاستثنائية على أساسين : أولهما ، فلسفى . وثانيهما ، دستورى .

٣٠١ - الأساس الفلسفى

تتطلب الظروف الاستثنائية شرعية تتلاءم معها ترتكز على نظرية الضرورة، بوصفها نظرية عامة فى القانون، وتميز التصرف بطريقة تجافى القواعد الواجب اتباعها فى الظروف العامة، بقدر ما تتطلبه هذه الضرورة. وقد عنى المجلس الدستورى الفرنسى واجب الدولة فى كفالة الاحترام لمؤسسات الدولة، واستمرار حياة الأمة، وضمان حقوق وحريات المواطنين^(١). ولاشك أن هذه المهام الدستورية الأساسية تقع بوجه خاص على السلطات العامة - كل فى حدود اختصاصه - وعليهم ممارستها ويدق الأمر فى الظروف الاستثنائية التى تتعرض فيها المصلحة العامة - متمثلة فى النظام العام - للخطر، مما يدعو المشرع إلى أن يجرى توازنا ضروريا بين احترام الحقوق والحريات، وحماية النظام العام الذى بدونه لا يمكن كفالة الحريات. وهذا ما أكدته المجلس الدستورى الفرنسى^(٢)، وقد نصت المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان للثورة الفرنسية، فإن الحرية هى فى ممارسة كل ما لا يضر بالغير، كما أن ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان لا يقيد بها إلا ما يكفل لسائر أعضاء المجتمع التمتع بالحقوق نفسها، وأن هذه

(١) 85 - 188 Dc du 22 Mai 1985, Recueil Juris const. (1959 - 1993), p.224.

وكان رئيس الجمهورية الفرنسية طبقا للمادة ٥٤ من الدستور الفرنسى قد طلب من المجلس الدستورى مدى اعتبار البروتوكول السادس المضاف إلى الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والذي يلغى عقوبة الإعدام مع جواز توقيعها على الأعمال التى تقع فى زمن الحرب أو الخطر الحال بالحرب.

(٢) 85 - 187 Dc du 25 janvier 1985, Recueil Juris const., p.224.

القيود يمكن أن يحددها القانون^(١). فالتوازن يجب أن يتم بين مختلف أهداف القيم الدستورية والتي تتمثل في حماية النظام العام، واحترام الحقوق والحريات.

وعلى المستوى الدولي، اعتبرت حالة الضرورة معياراً للتحقق من مدى شرعية التدابير الاستثنائية المتخذة في النطاق الأوربي. وقد تجلّى ذلك في قرار اللجنة الأوربية الصادر سنة ١٩٦٠ في قضية "Lawless" والذي أيدته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في أول يولية سنة ١٩٦١. فقد جاء في هذا القرار أن أفضل وسيلة لتقييم ضرورة التدابير الاستثنائية تتجلى في معيار ثلاثي هو فيما إذا كانت التدابير المتخذة من طبيعتها المساهمة في حل مشكلة خاصة تعتبر جزءاً من الحالة الاستثنائية التي تمر بالبلاد، وفيما إذا كان حل هذه المشكلة لا يتحقق بالتدابير العادية التي تتفق مع القواعد الدولية التي لا تجوز مخالفتها، وفيما إذا كان يمكن حل هذه المشكلة بتدابير استثنائية أخرى لها نتائج أقل تأثيراً على حقوق الإنسان. وتطبيقاً لهذه المبادئ، قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بشرعية القرارات الإدارية باعتقال المشتبه في اشتراكهم في أعمال إرهابية^(٢).

وقضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في ٢٨ مايو سنة ١٩٩٣ في قضية "Brannigan et Mc bride" حول شرعية القانون الصادر سنة ١٩٨٤ والذي أصدرته المملكة المتحدة لمواجهة الإرهاب، والذي يسمح بالاعتقال الإداري طالما أن المعتقل يستطيع اللجوء إلى القضاء من خلال الـ "Habeas corpus" للمنازعة في شرعية الاعتقال الإداري^(٣).

وواضح مما تقدم، أن الأساس الفلسفي للظروف الاستثنائية يستند إلى حالة

(١) انظر في هذا المعنى:

82 - 141 Dc du 27 Juillet 1982, 82, Recueil juris constit. 1959 - 1993, p.126.

CEPH, Affaire, lawless, serie B, Memoues, Plaidoiries et documents, 1960 - 1961, p.131. (٢)

وقد تأيد هذا القرار بحكم المحكمة في أول يولية سنة ١٩٦١ :

Arrêt du 1er Juillet 1961, Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, 4e édition, Sirey, 1994, No.174 - 178, pp. 68, 69.

Arrêt du 28 Mai 1993, Jurisprudence de la Cour Européenne, op. cit., No.184 - 189, pp. (٣) 72, 73.

الضرورة. وبمقتضى هذه الحالة يحدد التشريع السلطات الاستثنائية التى يمنحها للسلطة العامة، بناء على حالة الضرورة. وبقدرها يتم تحديد هذه السلطات الاستثنائية ونطاقها. وقد حاول البعض فى هذا الصدد التمييز بين (سلطات الأزمة) *pouvoirs de crise*، و(السلطات الاستثنائية) *pouvoirs exceptionnels*. وقال بأن سلطات الأزمة تواجه أوضاعا استثنائية ذات طبيعة سياسية مثل حالة الحرب، ومحاولة قلب نظام الحكم، بينما (السلطات الاستثنائية) تواجه أوضاعا استثنائية ليست ذات طبيعة سياسية كالكوارث الطبيعية. على أن التفرقة بين هذين النوعين من السلطات يفتقر إلى المعيار العلمى^(١).

وقد واجه قانون الطوارئ "La loi sur l'état d'urgence" فى مصر وفرنسا الظروف الاستثنائية بغض النظر عن مصدرها سواء كان سياسيا أو غير سياسى.

٣٠٢- الأساس الدستورى :

(أ) فى فرنسا:

أقام قضاء مجلس الدولة الفرنسى^(٢). نظرية لحالة الطوارئ بمقتضاها يجوز للإدارة التحلل من مراعاة القواعد الشكلية التى تنظم مباشرة الأعمال الإدارية الفردية. وتأثرا بهذا القضاء جاء الأمر الصادر فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ الذى يسمح لوزير الداخلية فى حالة الطوارئ المطلقة "urgence absolue" باستبعاد الأجنبى دون المشول أمام اللجنة المختصة بنظر الاستبعاد. وجاء القانون الصادر فى ١١ يولية ١٩٧٩ الذى يعفى الإدارة من تسبب أعمالها الفردية التى تقيد ممارسة الحريات العامة فى الطوارئ المطلقة. وقد قرر القضاء الفرنسى كذلك أن حالة الطوارئ يمكنها تبرير عدم مراعاة بعض قواعد الاختصاص. ومع ذلك فقد راقب قضاء مجلس الدولة الفرنسى سوء تطبيق حالة الطوارئ فاعتبر المساس بالحريات العامة دون توافر هذه الحالة موجبا للتعويض. واعتبارا من ١٩١٨ أقام مجلس الدولة الفرنسى نظرية للظروف الاستثنائية أكثر

(١) Olivier Duhamet et Yves Mény; Dictionnaire constitutionnel, Paris, 1992, p.786.

(٢) انظر هذا القضاء الذى بدأ منذ سنة ١٩٠٢ مشارا إليه فى :

Gilles Lebreton, Libertés publiques et droits de l'homme, op. cit., p. 193.

خطورة من نظريته في الطوارئ فيما يتعلق بتهديد الحريات العامة . وبمقتضى هذه النظرية يجوز لجهة الإدارة أن تقوم بما هو ضروري لمباشرة أعمالها في الظروف غير العادية ، وتجيز لها هذه الظروف أن تتجاوز مؤقتا عن تدرج القواعد القانونية . وقد قيل بأن هذه النظرية لم تفعل أكثر من إحياء المثل القديم القائل بأن (الضرورة تصنع القانون) "nécessité fait loi" وبمقتضى هذه النظرية اعتبرت أعمالا مشروعة تلك الأعمال التي تعتبر باطلة بسبب الانحراف في استعمال السلطة إذا ما بوشرت في الظروف العادية . ومع ذلك فقد راقب مجلس الدولة الفرنسي مدى توافر الظروف الاستثنائية (وهي : إما حالة الحرب ، أو حالة الحرب الأهلية ، أو حالة الكوارث الطبيعية)^(١) وذلك وقت مباشرة الفعل ، ومدى تناسب التدبير محل النزاع مع الظروف الاستثنائية لكي يحكم بمدى صحة القرار الصادر بناء على هذه الظروف ، وأكد عند عدم توافر التناسب التزام جهة الإدارة باحترام الشرعية الاستثنائية في حالة عدم توافر الشرعية العادية^(٢) .

وترتكز الظروف الاستثنائية في فرنسا على أساس دستوري وآخر قانوني ، ويتمثل الأساس الدستوري في ثلاث حالات ، هي :

(الأولى) : التفويض التشريعي "l'habilitation législative" ، وقد نصت عليه المادة ٣٨ من الدستور الفرنسي وطبقا لهذه المادة يجوز للبرلمان أن يرخص للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تتخذ بقرار منها التدابير التي يختص القانون بتشريعها ، ويكون التفويض لمدة محدودة قابلة للتجديد^(٣) .

(الثانية) : الأحكام العرفية "État de siege" ، وتستند إلى المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي . ويشير المعنى الحرفي لهذا الاصطلاح (حالة الحصار) إلى مبرراتها ، وذلك حين تتعرض البلاد لخطر العدوان العسكري المترتب على حرب أجنبية^(٤) ، أو عصيان مسلح ، فيلتزم المواطنون بحكم الضرورة بالدفاع عن وطنهم وهو ما يؤدي إلى فرض

(١) وقد قاس البعض على ذلك الكوارث التكنولوجية مثل انفجار مركز نووي (انظر : Gilles Lebreton op. cit., p. 194.)

(٢) انظر : Gilles Lebreton op. cit., p. 193

(٣) صدر قرار بالتفويض بتاريخ ٢ يوليو سنة ١٩٨٦ يرخص للحكومة بالقيام بالخصخصة "privatiser" بواسطة أوامر تصدرها حتى ٢ مارس سنة ١٩٩١ . انظر :

Olivier Duhamel, Yves Meny, op. cit., p.789.

(٤) وقد أعلنت الأحكام العرفية بمناسبة الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ ، والحرب العالمية الثانية سنة ١٩٣٩ .

النظام العسكرى على إدارة البلاد . وتسمى هذا الحالة بالأحكام العرفية العسكرية "État de siège militaire" . وقد امتد معنى الأحكام العرفية لكى يشمل مجرد تهديد الأمن الداخلى أو الخارجى وسميت هذه الحالة بالأحكام العرفية السياسية "État de siège politique" . وواضح مما تقدم ، أن الأحكام العرفية العسكرية تفترض قيام حالة الحرب وتعلن لمواجهة ضرورة الدفاع ضد العدوان العسكرى ، بخلاف الأحكام العرفية السياسية فإنها تعلن لمجرد الخطر المترتب على الحرب سواء وقعت الحرب الفعلية أو حدث مجرد تهديد بنشوبها ، وذلك لمواجهة ضرورة المحافظة على الأمن الداخلى والخارجى . وبعبارة أخرى ، فإن ضرورة الدفاع عن الوطن فى مواجهة الغزو العسكرى هو أساس الأحكام العرفية العسكرية ، وضرورة الدفاع عن الأمن الداخلى والخارجى للوطن هو أساس الأحكام العرفية السياسية^(١) .

(الثالثة) : حالة الأزمة الوطنية ، فقد واجه الدستور الفرنسى فى المادة ١٦ هذه الحالة ، فحول رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ بعض التدابير لمواجهة الأزمة الوطنية التى تمر بها البلاد ، وذلك حين تتعرض للخطر الجسيم الحال مؤسسات الدولة واستقلال الوطن وسلامة أراضيه ، أو تنفيذ التزاماته الدولية ، وحين يتوقف سير العمل المعتاد فى المؤسسات العامة الدستورية . وفى هذه الحالة يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التى تحتّمها هذه الظروف بالتشاور مع رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ وكذلك مع رئيس المجلس الدستورى^(٢) . ويوجه رئيس الجمهورية رسالة للشعب بالقرار الذى اتخذته لمواجهة الأزمة^(٣) . ويجب أن يستوحى رئيس الجمهورية

(١) انظر: Rivero, op. cit., p.258.

(٢) وكما قال ريفيرو، فإن إجراء هذه المشاورات ضرورى، إلا أن رئيس الجمهورية لا يلتزم بالأخذ بتبجيته. (Rivero, op. cit., p.254).

(٣) ويرجع التفكير فى مواجهة هذه الحالة إلى حادثين، الأول، وقع للجنرال دييجول الذى يرجع إليه الفضل فى إصدار دستور ١٩٥٨ ، فقد بين الجنرال فى الجزء الأول من مذكراته تعليقا على احتلال فرنسا سنة ١٩٤٥ ، بأنه يجب القول بأن النظام فى هذا الوقت لم يكن يسمح لرئيس الحكومة الأخيرة فى الجمهورية الثالثة بأن يتخذ أى إجراء ، وأن اضمحلال الدولة كان فى الواقع مأساة قومية . وقد أدى هذا الحادث إلى التنبه إلى منح رئيس الجمهورية الاختصاصات التى تمكنه من مواجهة الأزمات الوطنية . أما الحادث الثانى ، فيرجع إلى تاريخ سابق هو ٢ ديسمبر سنة ١٨٥١ حين قاد رئيس الجمهورية الثانية لويس نابليون انقلابا أقام بعده نظاما دكتاتوريا للحكم ، فقد كان لهذا الحادث الثانى أثره فى ضبط ممارسة رئيس الجمهورية لسلطاته فى حالة الأزمة الوطنية بشرط موضوعية وشكلية معينة "Rivero, op. cit., p.253" . وانظر فى الموضوع الدكتور يحيى الجمل ، نظرية الضرورة فى القانون الدستورى ص ١٧٨ وما بعدها . =

التدابير التي يتخذها من العمل على توفير وسائل قيام المؤسسات الدستورية بمهمتها . ويعتبر البرلمان مجتمعاً بقوة الدستور . ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة الاختصاصات الاستثنائية المخولة له .

وبالإضافة إلى هذه الحالات الثلاث التي تركز على أساس دستوري ، توجد حالة رابعة تركز على أساس قانوني ، هي حالة الطوارئ .

حالة الطوارئ "État d'urgence" ، وقد نظم هذه الحالة القانون الصادر في ٣ إبريل سنة ١٩٥٥ الذي ظل قائماً بعد صدور دستور ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ . وعلى الرغم من أن هذا الدستور قد نظم في المادة ٣٦ حالة الأحكام العرفية دون حالة الطوارئ ، إلا أن المجلس الدستوري في فرنسا رأى أن النصوص الدستورية التي نظمت الحالات المبينة على الضرورة لا تستبعد وجود حالات أخرى نص عليها الدستور بطريقة ضمنية لكي يسمح فيها للمؤسسات السياسية أن تؤدي مهمتها ، وخاصة فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات .

وقد رأى المجلس الدستوري بأن كل ما لا ينص الدستور الفرنسي على النهي عنه ، يمكن للمؤسسات الدستورية صاحبة الشأن أن تقوم به . ومن ثم ، إذا كان الدستور لم يمنع المشرع من النص على نظام حالة الطوارئ ، فإنه يجوز للمشرع أن يتولى تنظيم هذه الحالة^(١) . وعلى أية حالة ، فإن المرسوم الصادر في ١٥ إبريل سنة ١٩٦٠ أخضع إعلان حالة الطوارئ لذات الشروط المتبعة عند إعلان الأحكام العرفية طبقاً للمادة ٣٦ من الدستور الفرنسي من حيث الاكتفاء بإعلانها بقرار من رئيس الوزراء بشرط ألا تزيد عن مدة اثني عشر يوماً ما لم يرخص البرلمان بمد هذه المدة ، ويترتب على سقوط الحكومة أو حل الجمعية الوطنية انتهاء هذه الحالة .

= وقد لوحظ أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ١٦ من الدستور الفرنسي والتي تمس الحريات العامة تدخل في نطاق المادة ٣٤ من الدستور مما يجعل أوامر رئيس الجمهورية بشأنها بمثابة تشريعات فتفلت بذلك من رقابة مجلس الدولة ، كما أن المجلس الدستوري لا يراقبها لأنه لا يراقب سوى دستورية التشريعات التي يقرها البرلمان . وقد انتقد مسلك مجلس الدولة الفرنسي ووصف بأنه قد سجل بطريقة سلبية انتهاك الحريات العامة (انظر: Gilles Lebreton, op. cit., p.p. 184, 185).

(١) انظر: Philipp Terneyre, op. cit., p.194.

وانظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٥ يناير سنة ١٩٨٥ .

85 - 187 Dc du 25 Janvier 1985 Recueil Juris constit. (1959 - 1993), p. 223.

(ب) في مصر:

إذا كانت نظرية الضرورة أساساً فلسفياً لتبرير السلطات الاستثنائية في الظروف الاستثنائية، فإن ذلك وحده لا يكفي ما لم تسمح الشرعية الدستورية بهذا الاستثناء. وإذا كان أساس هذا الاستثناء هو التوازن بين متطلبات حماية النظام العام، وحماية الحقوق والحريات، فإن هذا التوازن نفسه هو أساس الشرعية الدستورية في الأحوال العادية. ولا يختلف الأمر عنه في الظروف الاستثنائية إلا في الانحياز نحو حماية النظام العام نظراً لما يهدده من أخطار في هذه الظروف الاستثنائية، وهو انحياز لا يتحقق في الظروف العادية؛ لأن النظام العام لا يتعرض لذات الخطر الذي يتعرض له في الظروف الاستثنائية. ومن ثم، فإن التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة يكون معياراً موحداً للشرعية الدستورية في كل من الظروف العادية والظروف الاستثنائية. ويأتي الاختلاف في شكل هذا التوازن تقديراً للظروف الاستثنائية التي تفرض تحديدات معينة على المصلحة العامة.

فإذا نظرنا إلى الدستور المصري، نجد أنه قد واجه الظروف الاستثنائية في ثلاث حالات:

(الأولى): التفويض التشريعي، إذ نصت المادة ١٠٨ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون.

(الثانية): حالة الطوارئ، إذ نصت المادة ١٤٨ من الدستور على أن يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه. وإذا كان مجلس الشعب منحلاً يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له. وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب^(١).

(٢) هذه المادة تقابل المادة (٤٥) من دستور ١٩٢٣، والمادة (٤٥) من دستور ١٩٣٠، والمادة (١٤٤) من دستور ١٩٥٦، والمادة (٥٧) من دستور ١٩٥٨، والمادة (١٢٦) من دستور ١٩٦٤.

وتتسع هذه الحالة أيضا لحالة الأحكام العرفية التي عرفها القانون الفرنسي . وقد قضت المحكمة العليا أن نظام الطوارئ نظام أجاز الدستور فرضه كلما تحققت أسبابه ودواعيه ، وأولها تعرض الوطن لخطر يهدد سلامة أمنه أو نشوب حرب أو التهديد بنشوبها أو اضطراب الأمن ، وذلك لمواجهة هذا الخطر بتدابير استثنائية حددها قانون الطوارئ حفظا لسلامة الوطن وأمنه^(١) . وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في حالة الطوارئ أن إعلانها لا يكون إلا لمواجهة نذر خطيرة تتهدد معها المصالح القومية ، وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها وسلامتها لمخاطر داهية . وهي بعد ، حالة لا تلائمها أحيانا - بالنظر إلى حدتها وطبيعتها المخاطر المرتبطة بها - تلك التدابير التي تتخذها الدولة في الأوضاع المعتادة ، باعتبار أن طبيعتها ومداهما تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها ويعتبر لازما لمواجهة تبعاتها ، ولا تنحصر هذه التدابير الاستثنائية بالضرورة فيما يكون ضروريا منها لمواجهة الجرائم التي تهدد أمن الدولة الداخلي والخارجي ، بل تتناول في عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتتجاوزه ، ولا نزاع في خطورتها أو في اتحادها معها في علة خضوعها لتلك التدابير الاستثنائية التي تقتضيها سرعة الفصل فيها ردعا لمرتكبيها وحفاظا على السلامة القومية بما يكفل تأمينها مما يخل بها وبطريق غير مباشر^(٢) .

(الثالثة) : الأزمة الوطنية ، إذ نصت المادة ٧٤ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بيانا إلى الشعب ، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها .

وإذا تأملنا في الحالات الثلاثة السابقة ، نجد أن الدستور نفسه في الحالتين الأولى والثالثة قد أوضح شكل التوازن بين متطلبات حماية المصلحة العامة في الظروف الاستثنائية ، وحماية الحقوق والحريات . وترك الأمر للمشرع في الحالة الثانية (حالة الطوارئ) ، حيث عاجلها بالقرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ .

(١) حكم المحكمة العليا في ٥ فبراير سنة ١٩٧٧ ، في القضية رقم ٢٢ لسنة ٦ قضائية «عليا» ، مجموعة أحكام المحكمة العليا ج ٢ ، ص ٣٢ .

دستورية عليا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ في الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير» ، الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ .

(٢) Olivier Duhamet et Yves Mény; Dictionnaire constitutionnel, Paris, 1992, p.786.

(٣) انظر هذا القضاء الذي بدأ منذ سنة ١٩٠٢ مشارا إليه في :

Gilles Lebreton, Libertés publiques et droits de l'homme, op. cit., p. 193.

الفصل الثانى

نطاق الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية فى الظروف الاستثنائية

٣٠٣- ذاتية الشرعية الدستورية والظروف الاستثنائية

بينا فيما تقدم، أن الشرعية الدستورية تركز على كل من الديمقراطية، وسيادة القانون واحترام الحقوق والحريات . إلا أن أحدا لا يجادل فى أن الظروف الاستثنائية تسمح بوضع قيود على الحريات والحقوق . فالضمانات التى توفرها الشرعية الدستورية فى الظروف العادية لا تطبق بذاتها فى الظروف الاستثنائية، ولاشك، لأن أهمية المحافظة على النظام العام المعرض للخطر تبدو أكثر دقة فى الظروف الاستثنائية عنها فى الظروف العادية، مما يجعل التوازن بين مراعاة النظام العام كمصلحة عامة أمرا واجبا فى إطار التوازن بينه وبين الحقوق والحريات .

ففى نطاق الظروف الاستثنائية لا يمكن أن يتم التوازن على حساب المصلحة العامة، لأنه بدون حماية النظام العام فسوف تتعرض الحقوق والحريات للخطر. وبناء على ذلك، تكون القيود على الحرية الشخصية والحقوق أوسع نطاقا مما تتضمنه الإجراءات الجنائية فى ظل الشرعية الدستورية فى الظروف العادية. وفى هذا الشأن، فإنه إذا كان الأساس بالحرية الشخصية يعتبر غير دستورى فى الظروف العادية، فإنه يكون صحيحا إذا تم تطبيقا للنظام القانونى للسلطات الاستثنائية^(١).

قد ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إلى أن حالة الطوارئ - بالنظر إلى حدتها وطبيعة المخاطر المرتبطة بها - لا تلائمها أحيانا تلك التى تتخذها الدولة فى الأوضاع المعتادة باعتبار أن طبيعتها ومداهها تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها،

76 - 77 Dc du 12 Janvier 1977, Recueil juris constit. (1959 - 1993), p.47.

(١)

ويعتبر لازماً لمواجهة تبعاتها، ولا تنحصر تلك التدابير الاستثنائية بالضرورة على ما يكون ضرورياً منها لمواجهة الجرائم التي تهدد أمن الدولة الداخلى أو الخارجى، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتجاوزة^(١).

هذا، وقد نصت المادة الرابعة من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على أنه فى حالة الطوارئ الاستثنائية التى تهدد حياة الأمة فى فترة محددة، والمعلن قيامها رسمياً يجوز للدول الأطراف فى هذا العهد أن تتخذ فى أضيق الحدود التى يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولى وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الأصل الاجتماعى ... إلخ. (الفقرة الأولى)، على أن التدابير الاستثنائية الممنوحة فى هذه الظروف يجب أن يبينها التشريع بطريقة واضحة ومحددة لتجنب أى تعسف فى تطبيقها ولتحاشى أى غموض حول حقوق الأفراد وواجباتهم^(٢). ومع ذلك، فإن هذه التدابير الاستثنائية لا يجوز أن تمتد إلى الحقوق «الأساسية» المنصوص عليها فى المواد ٦ و ٧ و ٨/١ و ٢ و ١١ و ١٥ و ١٦ و ١٨ من هذا العهد الدولى (المادة ٤/٢)، أى أنه لا يجوز لأية دولة أن تخالف التزامها بحماية الحق فى الحياة (المادة ٦)، والحق فى عدم الخضوع للتعذيب (المادة ٧)، والحق فى عدم الخضوع للاسترقاق والعبودية (المادة ٨)، والحق فى عدم التعرض للحرمان من الحرية بسبب عدم سداد أحد الديون (المادة ١١)، والحق فى عدم الخضوع لرجعية قانون العقوبات (المادة ١٥)، والحق فى الاعتراف بالشخصية القانونية (المادة ١٦)، وحرية الفكر والعقيدة والديانة. ويلاحظ أن هذه الحقوق تعتبر معياراً دولياً للتوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة، وحماية الحقوق والحريات فى الظروف الاستثنائية. ويلاحظ أن تصديق مصر على العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية يجعله فى قوة القانون، مع مراعاة أن احترام قواعد هذا العهد يتم فى حدود الدستور. فالشرعية الدستورية بوصفها الأساس فى تحديد شكل التوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات فى الظروف الاستثنائية، تحمى مختلف القيم التى نص عليها الدستور سواء تمثلت فى الحقوق والحريات، أو فى المصلحة العامة. وما أشار له العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية من حقوق لا

(١) الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير».

(٢) Philippe Terneyre, op. cit., 200.

يجوز للتدابير الاستثنائية المساس بها ، أمر يجب وضعه موضع الاعتبار عند إجراء التوازن المطلوب مع حماية النظام العام .

وقد لوحظ أن التدابير الاستثنائية التى تتطلبها الظروف الاستثنائية تتميز بالخصائص الآتية :

- (١) تقوية سلطات الشرطة أو منح بعض السلطات للقضاء العسكرى .
 - (٢) التقليل من بعض الحقوق والحريات التى يتم التمتع بها فى الظروف العادية .
 - (٣) الحد من نطاق الالتجاء إلى القضاء أو التمتع بتعدد درجاته .
- وقد لوحظ أن التدابير الاستثنائية فى غير حالة الحرب أو التهديد بها تستخدم لمواجهة التهديد الخطر للأمن الداخلى المتمثل فى الإرهاب ، والجرائم المنظمة الخطرة والاتجار فى المخدرات ، والمعاملات المالية غير المشروعة^(١).

٤ ٣٠- نطاق ضمان أن الأصل فى المتهم البراءة

بينما فيما تقدم أن أصل البراءة ضمان دستورى مهم ، وأنه يترتب على هذه الضمانات نتائج معينة ، منها ما يتعلق بإثبات الإدانة . ونؤكد ابتداء أن أصل البراءة يمثل الحد الأدنى للشرعية الدستورية لا يجوز للقانون أن يفرط فيه أو يوقفه أو يحد من قيمته . فكما أكد مجلس الدولة المصرى أن تعطيل الحريات العامة التى كفلها الدستور هو فى ذاته أمر خطير ينبجم عنه من النتائج ما يتعذر تداركه^(٢).

ويلاحظ أن احترام حريات الغير بسبب ما يتهدهدها من خطر تحت تأثير الأسباب التى أدت إلى إعلان الظروف الاستثنائية هى التى تبرر وحدها وضع هذه القيود ، باعتبار أن الحرية الحقيقية هى التى لا تضر بحريات الغير . إلا أنه لا يجوز أن تمتد بعض هذه القيود مطلقا إلى وضع قرائن للإثبات ، تفترض الإدانة فى المتهم ، لما يترتب على هذا الافتراض من تدمير حقوق المتهم وجعله أسيراً للاتهام يواجه الأدلة بكل عجز . كما أن وضع هذه القرائن ليس وسيلة لحماية ما يتهدد البلاد من أخطار . وقد راعى ذلك القرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ .

(١) Cherif Bassiouni, op. cit., p.115.

(٢)

(٢) انظر على سبيل المثال محكمة القضاء الإدارى فى ١١ فبراير سنة ١٩٨٢ ، المحاماة ، المجلد ٧٤ رقم ٢٤ ص ٨٦ .

٣٠٥- نطاق ضمان القضاء هو الحارس الطبيعي في الإجراءات الجنائية

تخضع شرعية الإجراءات التي تتم مباشرتها في الظروف الاستثنائية لضمان القضاء . فالقضاء مهما كانت الظروف حصن الحريات وحاميها وحارسها ، وإلا تحولت السلطة الاستثنائية إلى سلطة تحكمية . فالقرارات الإدارية الصادرة من الحكومة في إطار حالة الطوارئ لا تكون بمنأى عن رقابة القضاء ولا تفلت أعمال الحكومة من المنازعات أمام القضاء .

فالقاضي - بوجه عام - يتحقق من شرعية الأعمال والإجراءات التي تتم مباشرتها تحت مظلة الظروف الاستثنائية . وبعبارة أخرى ، فإن الظروف الاستثنائية لا تعطل ما نص عليه الدستور المصري من أن سيادة القانون أساس الحكم للدولة (المادة ٦٤) . فسيادة القانون أى المشروعية ، تصبح كلاماً بغير مضمون أو شعاراً عديم الفاعلية ، ما لم يوجد قضاء يراقب المشروعية ويضع حدودها .

وقد تجلّى هذا المعنى في المادة ٧١ من الدستور التي نصت على أن (يبلغ كل من ... أو يعتقل بأسباب ... أو اعتقاله فوراً ، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون ، ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه ...) .

وقد مارس مجلس الدولة المصرى رقابته على قرارات رئيس الجمهورية التى يصدرها في حالة الأزمة الوطنية طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور، وقضى بأنه إذا كانت القرارات المطعون فيها قد صدرت استناداً إلى هذه المادة، فإن اتخاذ هذه القرارات منوط بتوافر خطر حال لا خطر زال أو خطر قد يحدث في المستقبل ، وكانت هى الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر فلا تتوافر حالة الضرورة إذا كان يمكن لرفع هذا الخطر اللجوء إلى القواعد القانونية المقررة للظروف العادية .

وقد عنيت المحكمة في هذا الحكم إلى تأكيد ما استقر عليه قضاؤها من الضرورة كسبب للقرار الإدارى لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هى :

- ١- أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن .
- ٢- أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر بالقواعد القانونية القائمة المقررة للظروف العادية .

٣- أن يكون القرار لازما حتما فلا يزيد على ما تقضى به الضرورة، وهو ما يعرف بالتناسب. وهذه الأركان جميعها ترجع إلى أصلين مسلم بهما قانونا يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها^(١).

وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في نطاق المادة ١٦ من الدستور الفرنسي (بشأن الأزمة الوطنية) إلى الاعتراض على قرار رئيس الجمهورية الذى يتعارض مع الهدف المرسوم له وهو اتخاذ وسائل تكفل للسلطات العامة الدستورية القيام بمهمتها، مثل القرار الصادر بتعديل الدستور^(٢)، أو الاعتياد على استخدام سلطاته الاستثنائية المبينة في المادة ١٦ من الدستور الفرنسي.

وبصدد نظام الطوارئ، أكدت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٣ مايو سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٥١٥ لسنة ٣٩ قضائية عليا، أن من حق كل الدول أن تتخذ وفقا لدستورها ونظامها القانونى الإجراءات اللازمة لحماية أمنها وأمن مواطنيها وسلامة مجتمعها من التعدى والعدوان على النظام العام القانونى والشرعى لها من الداخل أو من الخارج. و في الحالات التى تقع وتحدث إضرابا يخلق حالة من الطوارئ تبرر الخروج عن الأحكام القانونية المطبقة والمعمول بها في الظروف الأمنية العادية وذلك مع مراعاة الالتزام بدلا عنها بالنظام القانونى للطوارئ في الحدود المقررة للسلطات التى تواجه الظروف الطارئة حماية لأمن الدولة وسلامتها.

هذا، وقد أكد مجلس الدولة أن نظام الطوارئ ليس نظاما مطلقا، بل هو نظام خاضع لقانون أرسى الدستور أساسه وأبان القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده

(١) ويراقب مجلس الدولة الفرنسي سلطة الإدارة الاستثنائية في ضوء ثلاثة شروط هي:

(أ) وجود حالة استثنائية حقيقية.

(ب) أن تقدم الإدارة الدليل على أنه كان يستحيل عليها التصرف طبقا لمبدأ الشرعية مثلا بسبب حالة الطوارئ.

(ج) أن يقدر القاضى أن الخطر كان مهما بحيث يبرر استبعاد مبدأ الشرعية.

(Heyriés, Le Juin 1918 et Dames dol et laurent le 28 Février 191%) (Olivier Duhamet Yues Mény, Dictionnaire constitutionnel, op. cit., p.790).

(٢) انظر:

Jean Gicquel, Les états de nécessité; Droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports français, op. cit., p. 184.

وضوابطه فيجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزا هذه الحدود، بخالف للقانون، تنبسط عليه الرقابة القضائية إلغاءً وتعويضا. فكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن نظاما استثنائيا - لمبدأ سيادة القانون، ومن ثم لرقابة القضاء. وليس ثمة شك في أن الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء حالة الطوارئ سندها هو القانون الذي عين نطاقها فلا سبيل لها إلى تجاوزه، وإذا كانت اختصاصات تلك السلطة من واقع القوانين المقررة لها وعلى غرار ما سلفها اختصاصات بالغة السعة، فإن ذلك أدعى إلى أن تنسحب عليها الرقابة القضائية حتى لا يتحول نظام هو في حقيقته ومرماه نظام دستوري يقيد القانون إلى نظام مطلق لا عاصم له وليس له من حدود أو ضوابط؛ فرقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة التي تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتفرض للقانون سيادته ولكل نظام حدوده الدستورية المشروعة^(١).

ومع ذلك، فقد استقر قضاء مجلس الدولة على أن إعلان حالة الطوارئ يعتبر من أعمال السيادة وتخرج عن رقابة القضاء.

وقد أكد قانون الطوارئ المصري على الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية، على النحو الآتي:

(١) نصت المادة ٣ مكررا من هذا القانون والمعدلة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه للمعتقل ولغيره من ذوى الشأن أن يتظلم من القبض أو الاعتقال إذا انقضى ثلاثون يوما من تاريخ صدوره دون أن يفرج عنه. ويكون التظلم بطلب يقدم بدون رسوم إلى محكمة أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لأحكام قانون الطوارئ. وتفصل المحكمة في التظلم بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التظلم، وذلك بعد سماع أقوال المقبوض عليه أو المعتقل وإلا تعين الإفراج عنه فورا. ولوزير الداخلية في حالة صدور قرار بالإفراج أو في حالة عدم الفصل في التظلم في الموعد المنصوص عليه في الفقرة السابقة أن يطعن على قرار الإفراج خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور القرار أو انقضاء الموعد المشار إليه. فإذا طعن وزير الداخلية على القرار أحيل الطعن

(١) المحكمة العليا في ٦ مارس سنة ١٩٨٨، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا سنة ٣١ قضائية رقم ١٦٦ ص ١٠٤٨.

إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديمه على أن يفصل فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإحالة وإلا وجب الإفراج عن المعتقل فوراً ويكون قرار المحكمة في هذه الحالة أوجب النفاذ . وفي جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه الحق في أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم .

(٢) نصت المادة ٦ / ٢ من قانون الطوارئ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه يجوز القبض في الحال على المخالفين للأوامر التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون والجرائم المحددة في هذه الأوامر . ويكون للمقبوض عليه أن يتظلم من أمر الحبس لمحكمة أمن الدولة المختصة على أن يفصل في تظلمه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التظلم ، وإلا تعين الإفراج عن المحبوس فوراً .

وللمحكمة المختصة سواء عند نظر التظلم أو أثناء نظر الدعوى أن تصدر قراراً بالإفراج المؤقت عن المتهم ويكون قرار المحكمة نافذاً ما لم يطعن عليه وزير الداخلية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره وكانت التهمة المنسوبة إلى المتهم من جرائم أمن الدولة الداخلي أو الخارجي .

وإذا طعن وزير الداخلية على قرار الإفراج في هذه الحالة أحيل الطعن إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه على أن يفصل فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة وإلا تعين الإفراج عن المتهم فوراً ، ويكون قرار المحكمة في هذه الحالة واجب النفاذ . وفي جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوماً من تاريخ رفض التظلم .

(٣) نصت المادة الثانية من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أن تختص محكمة أمن الدولة العليا (طوارئ) دون غيرها بنظر جميع الطعون والتظلمات من الأوامر والقرارات المشار إليها بالمادة ٣ مكرراً من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ (بشأن حالة الطوارئ) .

وتحال إلى هذه المحكمة - بحالتها - جميع الدعاوى والطعون والتظلمات المشار إليها والمنظورة أمام أية جهة قضائية أو غير قضائية .

(٤) لم يجر قانون الطوارئ الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة (طوارئ) وأخضعها للتصديق من رئيس الجمهورية . وبذلك حال هذا القانون دون تعدد درجات التقاضي في الظروف الاستثنائية .

٣٠٦- نطاق ضمانات المحاكمة المنصفة

وبالنسبة إلى ضمانات المحاكمة المنصفة ، فقد تأثرت في نطاق الحرية الشخصية وحق الدفاع . فقد نصت المادة العاشرة من القانون المصرى رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ في شأن حالة الطوارئ والمعدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٦ وبالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ وبالقانون رقم ١٦٤ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه فيما عدا ما هو منصوص عليه من إجراءات وقواعد في المواد التالية أو في الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية تطبق أحكام القوانين المعمول بها على تحقيق القضايا التى تختص بالفصل فيها محاكم أمن الدولة وإجراءات نظرها والحكم فيها وتنفيذ العقوبات المقضى بها (المادة ١٠ / ١) .

وإذا كانت ضمانات الحرية الشخصية وحق الدفاع بمقتضى هذا النص هى الأصل العام الواجب تطبيقه فى حالة الطوارئ عدا ما نص عليه القانون ، فقد جاء قانون الطوارئ ببعض القيود على هذه الضمانات لمواجهة الخطر الجسيم الذى كان سببا فى إعلان حالة الطوارئ^(١) .

(١) وقد تجل ذلك فى عدة مجالات : أولا ، توسعة اختصاص السلطة التنفيذية بمنحها حق اتخاذ تدابير ماسة بالحرية خروجاً على اختصاص السلطة القضائية فى هذا الشأن ، وسوف نبحث ذلك فى حينه . أما بشأن الإجراءات الجنائية ، فنجد مظاهر الخروج على القواعد العامة فيما يلى :

١- عدم التقيد بالأحوال المنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية للقبض على المتهم ، إذ يجوز القبض فى الحال على المخالفين للأوامر التى تصدر طبقاً لأحكام قانون الطوارئ والجرائم المحددة فى هذه الأوامر (المادة ٦٢ / ١) .

٢- إنشاء محاكم استثنائية فى حالة الطوارئ هى محكمة أمن الدولة الجزئية ، ومحكمة أمن الدولة العليا فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (المادة ٧ / ١) .

٣- الترخيص بالعنصر العسكرى فى تشكيل المحكمة ، إذ يجوز استثناء لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيل دائرة أمن الدولة الجزئية من قاض واثنين من ضباط القوات المسلحة من رتبة نقيب أو ما يعادلها على الأقل وبتشكيل دائرة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين ومن ضباطين من الضباط القادة (المادة ٧ / ٤) .

٤- يجوز لرئيس الجمهورية فى المناطق التى تخضع لنظام قضائى خاص أو بالنسبة لقضايا معينة أن يأمر بتشكيل دوائر أمن الدولة المنصوص عليها فى المادة السابقة من الضباط وتطبق المحاكم فى هذه الحالة الإجراءات التى ينص عليها رئيس الجمهورية فى أمر تشكيلها .

وتشكل دائرة أمن الدولة العليا فى هذه الحالة من ثلاثة من الضباط القادة ، ويقوم أحد الضباط أو أحد أعضاء النيابة العامة بوظيفة النيابة العامة (المادة ٨) .

==

كما وسع قانون الطوارئ سلطة النيابة العامة في التحقيق فمنحها جميع السلطات المخولة لها ولقاضي التحقيق ، وذلك في الجرائم التي تختص بالفصل فيها محاكم أمن الدولة (المادة ١٠) .

وخول قانون الطوارئ رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه سلطة إحالة جرائم القانون العام إلى محاكم أمن الدولة التي تنشأ أساسا للنظر في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأوامر رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (المادة ١٠) .

ولاشك أن تقدير متطلبات الضرورة في هذا الشأن يتولاه القضاء بوصفه الحارس الطبيعي للحريات ، فهو الذي يوازن بين المتناقضات التي قد تحدث في ظروف معينة بين الحريات التي يحميها الدستور وبين بعض المبادئ ذات القيمة الدستورية (مثل التناقض بين الحرية الشخصية ومتطلبات المحافظة على الأمن الداخلي الذي أعلنت من أجله حالة الطوارئ) . ولا يجوز أن يترتب على هذا التوازن التضحية بالحرية الشخصية لأنها تتمتع بالحماية الدستورية . وكل ما يسمح به للمشرع عند إقامة هذا التوازن هو المساس الضروري بضماناتها من أجل التمكن من ممارسة حريات أخرى أو من أجل تطبيق مبادئ أخرى ينص عليها الدستور . فالمسألة تتعلق بقدر الضمانات المسموح بها فلا مناقشة في مبدأ الحرية الشخصية فلا يجوز العصف به أو إهداره . وبالتالي لا يجوز أن تؤدي القيود إلى انتهاك أصل البراءة . وكما قال المجلس الدستوري الفرنسي ، إن القيود لا يجوز أن تكون تحكيمية أو مشوبة بالتعسف^(١) . والقيود المسموح

= ٥- يجوز لرئيس الجمهورية أو لمن يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة الجرائم التي يعاقب عليها القانون العام (المادة ٩) .

٦- لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكري أيا من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو أي قانون آخر (المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدلة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠) .

٧- يكون للنسابة العامة عند التحقيق ، جميع السلطات المخولة له ولقاضي التحقيق ولغرفة الاتهام (المادة ١٠ / ٢ من قانون الطوارئ) .

٨- لا تقبل الدعوى المدنية أمام محاكم أمن الدولة (المادة ١١) .
وننبه إلى أن هذه القيود لا تمس ضمانات الدفاع عن المتهم التي تقوم عليها المحاكم القانونية (النصفه) ، وذلك باعتبار أن هذا المساس ليس لازما حتما لمواجهة الخطر الجسيم التي أعلنت حالة الطوارئ من أجل مواجهته .

Déc. No. 132 Dc du 16 Janv. 1982, Grands décisions, No.35, p.516.

(١)

بها هي محض ترتيب للمبادئ الدستورية الواجبة الحماية ، وإعطاء الأولوية لبعضها على الأخرى .

ومن حيث التدابير التي تتخذها السلطة التنفيذية بناء على الظروف الاستثنائية ، فيجب أن تقدر عند اتخاذها حالة الضرورة دون تحكم أو تعسف . وفي هذا الشأن ، ذهب مجلس الدولة المصري بشأن أحد القرارات التي اتخذت بناء على إعلان حالة الأزمة الوطنية كظرف استثنائي طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصري (المقابلة للمادة ١٦ من الدستور الفرنسي) إلى أن اتخاذ هذه القرارات منوط بتوافر خطر حال لا خطر زال ، أو خطر قد يحدث في المستقبل ، وبذلك يتنفي الركن الأول لقيام حالة الضرورة (وهو أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن) ، بالإضافة إلى أن هذه القرارات ليست الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر وكان يكفي لدفعها اللجوء إلى القواعد القانونية المقررة للظروف العادية . ومنها على سبيل المثال ، أحكام قانون العقوبات الخاصة بحماية أمن الدولة والقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب . هذا بالإضافة إلى سلطة رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون بالشروط المقررة في المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور . وبذلك يتنفي الركن الثاني لقيام حالة الضرورة (أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لرفع هذا الخطر بالقواعد القانونية المقررة للظروف العادية)^(١) .

(١) انظر محكمة القضاء الإداري في ١١ فبراير سنة ١٩٨٢ ، المحاماة (المجلد ٧٤) رقم ٢٤ ص ٨٦ .

للمؤلف

أولاً: الكتب

أ- باللغة العربية :

- ١- نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه ، سنة ١٩٥٩ .
- ٢- الجرائم الضريبية ، طبعة سنة ١٩٦٠ وطبعة منقحة سنة ١٩٩١ .
- ٣- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، طبعة سنة ١٩٦٣ .
- ٤- الاختبار القضائي ، طبعة سنة ١٩٦٣ (حصل على جائزة الدولة التشجيعية في القانون الجنائي وعلم الإجرام عن عام ١٩٦٣) .
- ٥- الوسيط في شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، سنة ١٩٦٨ .
- ٦- أصول قانون الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٦٨ .
- ٧- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٧٠ .
- ٨- السياسة الجنائية (فكرتها ، مذاهبها ، تخطيطها) ، سنة ١٩٧٠ .
- ٩- أصول قانون العقوبات (القسم العام) ، النظرية العامة للجريمة . طبعة سنة ١٩٧٢ وسنة ١٩٧٣ .
- ١٠- أصول السياسة الجنائية ، سنة ١٩٧٢ .
- ١١- الشرعية والإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٧٧ .
- ١٢- الوسيط في قانون العقوبات (القسم الخاص) ؛ طبعة سنة ١٩٧٩ ، وطبعة سنة ١٩٨٥ ، وطبعة سنة ١٩٩٠ .

- ١٣- الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٠ (٣ أجزاء) :
- الجزء الأول : الأحكام الأساسية للإجراءات الجنائية .
- الجزء الثانى : إجراءات الخصومة الجنائية .
- الجزء الثالث : النقض الجنائى .
- ١٤- الوسيط فى قانون العقوبات - القسم العام، طبعة سنة ١٩٨١ وطبعة سنة ١٩٨٥ ، ١٩٩٦ .
- ١٥- الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية (المجلد الأول) سنة ١٩٨٢ .
- ١٦- الوجيز فى قانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٨٤ .
- ١٧- الحماية الجنائية للحياة الخاصة، سنة ١٩٨٦ .
- ١٨- إستراتيجية تطوير التعليم، سنة ١٩٨٧ .
- ١٩- تطوير التعليم فى مصر (سياسته، وإستراتيجيته، وخطة تنفيذه)، سنة ١٩٨٩ .
- ٢٠- الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٣ وطبعة ١٩٩٥ .
- ٢١- الدبلوماسية البرلمانية والتعاون الدولى سنة ١٩٩٧ .
- ٢٢- النقض فى المواد الجنائية، طبعة ١٩٨٨، وطبعة مزيدة منقحة سنة ١٩٩٧ .
- ٢٣- الحماية الدستورية للحقوق والحريات، طبعة ١٩٩٩ .

ب- باللغة الإنجليزية :

- Towards reforme of education in Egypt, Cairo, 1990.

ثانيا : الأبحاث والمقالات العلمية:

أ- باللغة العربية :

- ١- تعليق على قضاء لمحكمة النقض في اختصاص المحامى العام . وفي جريمة النصب ، مجلة القانون والاقتصاد س ٢٩ (١٩٥٩) .
- ٢- الغرامة الضريبية ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٠ (سنة ١٩٦٠) .
- ٣- الحكم الجنائى المنعدم ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٠ (سنة ١٩٦٠) .
- ٤- اتجاهات محكمة النقض في تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية ، المجلة الجنائية القومية س ٣ (١٩٦٠) .
- ٥- إجماع الآراء عند الحكم بعقوبة الإعدام ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٢ (سنة ١٩٦٢) .
- ٦- أثر التفتيش الباطل (مقارنة بين اتجاهات كل من القضاءين الأمريكى والمصرى) ، المجلة الجنائية القومية س ٥ (سنة ١٩٦٢) .
- ٧- مستشار الإحالة ، المجلة الجنائية القومية س ٥ (سنة ١٩٦٢) .
- ٨- التحريض على ارتكاب الجريمة كوسيلة لضبط الجناة ، المجلة الجنائية القومية س ٦ (سنة ١٩٦٣) .
- ٩- مراقبة المكالمات التليفونية ، المجلة الجنائية القومية س ٦ (سنة ١٩٦٣) .
- ١٠- نظرية الخطورة الإجرامية ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٤ (سنة ١٩٦٤) .
- ١١- الواقعة الجديدة فى التماس إعادة النظر ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٨ (سنة ١٩٦٨) .
- ١٢- المركز القانونى للنيابة العامة ، مجلة القضاة سنة ١٩٦٨ .
- ١٣- نظرية الاختلاس فى التشريع المصرى ، مجلة إدارة قضايا الحكومة (١٩٦٩) .
- ١٤- ضمانات الحرية الشخصية فى الخصومة الجنائية ، مجلة مصر المعاصرة (١٩٧٢) .

- ١٥- تداخل دراسة حقوق الإنسان، بحث مقدم إلى ندوة اليونسكو حول حقوق الإنسان، القاهرة ١٩٧٨ .
- ١٦- محكمة أمن الدولة، مجلة القضاة، سنة ١٩٨٣ .
- ١٧- المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخاص (بمناسبة العيد السنوي لكلية الحقوق) سنة ١٩٨٣ .
- ١٨- استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان. دراسات في حقوق الإنسان في القانون المصري والشريعة الإسلامية. سنة ١٩٨٣ .
- ١٩- السياسة الإجرائية وتبسيط إجراءات الخصومة الجنائية، بحث مقدم لمؤتمر القضاة. إبريل سنة ١٩٨٦ .
- ٢٠- المبادئ الأساسية لقانون النقابات المهنية، مجلة مجلس الشعب العدد الأول يناير سنة ١٩٩٢ .
- ٢١- نحو حماية قانونية للبيئة الطبيعية: خطة لحسن استخدام عناصر البيئة، مجلة مجلس الشعب العدد الثاني أغسطس سنة ١٩٩٢ .
- ٢٢- دور مجلس الشعب في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية، مجلة مجلس الشعب العدد الثالث نوفمبر سنة ١٩٩٢ .
- ٢٣- الدستور وثيقة تقدمية، مجلة مجلس الشعب العدد الخامس يوليو سنة ١٩٩٣ .
- ٢٤- التشريع في إطار مجتمع متغير، مجلة مجلس الشعب العدد السابع فبراير سنة ١٩٩٤ .
- ٢٥- دور مصر في منطقة البحر المتوسط، محاضرة علمية أُلقيت في جامعة السربون (باريس- فرنسا)، يوم الخميس ٢٤ مارس سنة ١٩٩٤ .
- ٢٦- مبدأ سيادة القانون، مجلة مجلس الشعب العدد الثامن يونية سنة ١٩٩٤ .
- ٢٧- دور البرلمانين في معالجة مشاكل السكان والتنمية، مجلة مجلس الشعب العدد التاسع سبتمبر سنة ١٩٩٤ .

٢٨- (الجريمة المنظمة) تقرير مقدم إلى الندوة التحضيرية للمؤتمر الدولي السابع عشر لقانون العقوبات (٩ نوفمبر سنة ١٩٩٧) الذى أقامته الجمعية المصرية للقانون الجنائي، ملحق العدد الرابع عشر (الدور الثانى للفصل التشريعى) من نشرة مجلس الشعب سنة ١٩٩٧ .

٢٩- ملحق العدد الثانى (الدور الثالث للفصل التشريعى السابع ديسمبر سنة ١٩٩٧) من نشرة مجلس الشعب، محاضرة أُلقيت في جامعة حلوان سنة ١٩٩٧ .

٣٠- قاضى الإدارى والحقوق الأساسية من نشرة مجلس الشعب (الدور الثالث للفصل التشريعى السابع)، ١٩٩٧ .

٣١- الرقابة البرلمانية بين الضمان والفعالية من نشرة مجلس الشعب (الدور الثالث للفصل التشريعى السابع)، ١٩٩٧ .

٣٢- التقنين المدنى الجديد تعبير عن حضارة مصر العربية، مطبوعات الأمانة العامة لمجلس الشعب (الدور الثالث من الفصل التشريعى السادس)، ١٩٩٨، محاضرة أُلقيت بوزارة العدل .

٣٣- النظام العالمى الجديد في مستهل القرن الحادى والعشرين، الحلقة رقم ٢ من العدد الحادى عشر من نشرة مجلس الشعب (الدور الثالث للفصل التشريعى السابع سنة ١٩٩٨). محاضرة أُلقيت بمجلس الشعب في ندوة نظمها الجمعية المصرية للقانونيين المتصلين بالثقافة الفرنسية .

٣٤- المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على الصعيدين الوطنى والدولى سنة ١٩٩٨، ٢٣ من ذى الحجة سنة ١٤١٨ هـ، مطبوعات مجلس الشعب، الفصل التشريعى السابع الدور الثالث، إبريل سنة ١٩٩٨ . محاضرة أُلقيت في مؤتمر عقدته جامعة المنصورة .

٣٥- حول المحكمة الجنائية الدولية، ملحق رقم ١ من نشرة مجلس الشعب (الدور الثالث للفصل التشريعى السابع)، ١٩٩٨ . محاضرة أُلقيت في مؤتمر نظمته وزارة العدل .

٣٦- حول الرقابة الدستورية على القوانين، ملحق رقم ٣ من العدد الأول من نشرة

مجلس الشعب (الدور الرابع للفصل التشريعي السابع)، ١٩٩٨ . محاضرة أُلقيت في مؤتمر الأمناء العامين العرب بمجلس الشعب .

٣٧- اتفاقيات منظمة التجارة العالمية وآثارها على اقتصاديات العالم العربي ، والوسائل السلمية لحسم المنازعات الناشئة عنها ، الملحق رقم (٢) من نشرة مجلس الشعب ، ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٩٨ . محاضرة أُلقيت في مؤتمر نظمته مركز التحكيم العربي في شرم الشيخ .

٣٨- الدور السياسي لمجلس الشعب ، محاضرة أُلقيت بجامعة حلوان في ١٠ يناير ١٩٩٩ ، نشرت بملحق العدد الخامس من نشرة مجلس الشعب في ٢٥ يناير ١٩٩٩ .

٣٩- السلام في المتوسط - العدد السادس من نشرة مجلس الشعب (ملحق رقم ١) في ٧ و ٨ مارس سنة ١٩٩٩ .

٤٠- مستقبل الدراسات القانونية في الجامعات المصرية ، محاضرة أُلقيت في المؤتمر العلمي السنوي الرابع بكلية الحقوق - جامعة المنصورة ، نشرت بملحق العدد العاشر من نشرة مجلس الشعب في ٢ من إبريل ١٩٩٩ .

٣٩- النموذج السياسي لمجلس الشعب - العدد الرابع عشر من نشرة مجلس الشعب (ملحق رقم ١) في ٢٤ مايو سنة ١٩٩٩ .

٤٢- رؤى جامعة المستقبل ، العدد الرابع عشر (ملحق) من نشرة مجلس الشعب في ٢٤ مايو سنة ١٩٩٩ .

٣٩- القانون الدولي الإنساني والرقابة على الأسلحة - نشرة مجلس الشعب ٢٣ يونية سنة ١٩٩٩ .

٣٩- العولمة في الجريمة المنظمة - نشرة مجلس الشعب في ٨ سبتمبر سنة ١٩٩٩ .

ب- باللغة الفرنسية :

1- Le statut et le pouvoir discrétionnaire du Ministère public.

Revue Internationale de droit pénal, Paris, 35e année (1963).

2- La réforme du droit pénal en 1962.

Annuaire de législation française et étrangère, Paris. 1964.

3- Fondaments et caractères juridiques de la probation.

Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1966.

4- A Propos de l'application de la loi pénale dans le temps.

Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1966.

5- Les tendances nouvelles du nouveau projet du code de procédure pénale de la R. A. U.

(conférence donnée le 21 Avril 1976, centre de droit comparé, Paris, 1967).

6- Légalité et procédure pénale, Revue Internationale de droit pénal, Paris, 1979.

7- Les tendence de la politique criminelle en pays Arabes, Archives de la politique criminelle, V.5.

8- l'instruction publique en pays Arabes, Revue Internationale de droit pénal, Paris, 1984.

9- Stratégie pour la réforme de l'Education, perspectives, Revue trimestrielle d'éducation comparée, No. 104, p.693.

(ج) باللغة الإنجليزية :

1- Double jeopardy compared with Non Bis in Idem

(الخطر المزدوج وحجية الأحكام)، مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٦٢، ومجلة القانون والاقتصاد س ٣٢ (١٩٦٢).

2- Appeal by the prosecution.

(الاستئناف المرفوع من سلطة الاتهام)، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٢ (سنة ١٩٦٢).

الجوائز العلمية:

جائزة الدولة التشجيعية في القانون الجنائي (١٩٦٣).

جائزة الدولة التقديرية في العلوم الاجتماعية (١٩٩٣).

أهم المسئوليات التي اضطلع بها في مصر:

- ١- رئيس مجلس الشعب (١٩٩٠- حتى الآن).
- ٢- وزير التعليم (١٩٨٦ - ١٩٩٠).
- ٣- نائب رئيس جامعة القاهرة (١٩٨٥ - ١٩٨٦).
- ٤- عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة (١٩٨٣ - ١٩٨٥).
- ٥ - رئيس قسم القانون الجنائي بجامعة القاهرة (١٩٧٨ - ١٩٨٣).
- ٦ - عضو هيئة التدريس إلى أستاذ القانون الجنائي بكلية حقوق القاهرة (١٩٥٩ وحتى الآن).
- ٧- وكيل النائب العام (١٩٥٣ - ١٩٥٩).
- ٨- رئيس الجمعية المصرية للقانون الجنائي (١٩٨٩ حتى الآن).
- ٩ - ملحق ومستشار ثقافي لمصر لدى سويسرا وفرنسا (١٩٦٤ - ١٩٦٧).

أهم المسئوليات الدولية التي اضطلع بها:

- ١- رئيس الاتحاد البرلماني العربي (١٩٩٨ حتى الآن).
- ٢- رئيس الاتحاد البرلماني الدولي (١٩٩٤ - ١٩٩٧).
- ٣- رئيس الاتحاد البرلماني الإفريقي (١٩٩٢).
- ٤- رئيس مجلس إدارة المعهد الدولي للقانون للدول الفرانكفونية (١٩٩٨ حتى الآن).
- ٥- نائب رئيس الجمعية الدولية للقانون الجنائي (١٩٨٤ حتى الآن).
- ٦- نائب رئيس المجلس التنفيذي لليونسكو (١٩٨٩ - ١٩٩٣).
- ٧- نائب رئيس المجلس الدولي للتربية بجنيف (١٩٨٨ - ١٩٩٠).
- ٨- المندوب الدائم لجامعة الدول العربية وللمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، لدى اليونسكو (١٩٧٢ - ١٩٧٨).

فهرس أبجدي عام (*)

اتفاقية تأسيس المصرف العربي الدولي: ٧٤
 اتفاقية تنظيم الجيوش العربية (١١ سبتمبر
 ١٩٦٥): ٧٣
 اتفاقية جنيف المتعلقة بحماية الحرية النقابية
 والحق النقابي (٩ يوليو ١٩٤٨): ١٠
 اتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في
 الدول المستقلة عن الاتحاد السوفيتي
 السابق (١٩٩٥): ٢٢
 الاتفاقية الخاصة بتجريم التعذيب (١٠
 ديسمبر ١٩٨٥): ٢٥، ١٠
 الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة
 (١٩٥٧): ٢٢
 الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة
 (١٩٥٢): ٢٢
 الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل (٢٠ نوفمبر
 ١٩٨٩): ١٠
 الاتفاقية الخاصة بسياسة العمالة (١٩٩٤):
 ٢٢

(أ)

أبو حنيفة النعمان (الإمام): ١
 أناتورك (كمال): ٧١
 اتحاد الجمهوريات العربية (مصر - سوريا -
 ليبيا ١٧ إبريل ١٩٧٢): ٧٢
 الاتحاد الدولي لقانون العقوبات (المنشأ عام
 ١٨٨٠): ١٩٣
 وانظر: برنس Prains، ليس Lizt-
 الاتحاد السوفيتي السابق: ١٠، ٢٢، ٣٠،
 ٤٠، ٤١، ١٣٣، ١٤٠، ٢٢٠
 وانظر: شيوعية.
 الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان
 (١٩٦٩): ١١، ٢٠٢، ١٨٢
 الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان
 والحريات الأساسية (٤ نوفمبر ١٩٥٠):
 ١٠، ٢٢، ٢٩، ١٣٨، ١٦١، ١٨٩،
 ٢١٩، ٢٤٦، ٢٦٨، ٢٦٩، ٨٧٢،
 ٢٧٠

(*) الأرقام الواردة بالفهرس تشير إلى أرقام البنود داخل الكتاب.

وانظر: محكمة نورمبورج لمحاكمة مجرمي الحرب.

اتفاقية ماستريخت: ٧٤

اتفاقية منع التمييز في مجال الاستخدام أو المهنة (١٩٥٨): ٢٢

اتفاقية منع وعقاب إبادة الجنس البشري: (٩) ديسمبر (١٩٤٨): ١٠

اتفاقيتي الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي لعامي ١٩٤٨ و ١٩٤٩: ١٠، ٢٢

الإثبات أمام القضاء الجنائي: ٢٢٧

الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية: ١١٤، ١١٦، ١١٧، وما بعدها.

الأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية: ١١٤، ١١٦، ١٢٠

إحساس المجتمع بالعدالة: ٢٦

الأحكام العرفية: ٢٠٦

اختصاص مقيد: ٧٧

الأرجنتين: ٤٠

الأزمة الوطنية: ١٤٨، ٣٠١، ٣٠٤، ٣٠٥

الأساس الشكلي للشرعية الدستورية: ٨

أسباب الإباحة: ٢١٣، ٢٢٣

أسبانيا: ١٦، ٢٢، ٢٣، ٤٣، ٤٤، ٤٧،

٥٥، ٥٧، ٥٩، ٦٠، ٦١، ٧٢،

٧٤، ١٠١، ١٠٣، ١٣٩، ١٧٩، ٢٢٣

أستراليا: ٤٠، ٤٤

استيفاء النص التشريعي: ٧٦

الاتفاقية الخاصة بعدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية (نوفمبر ١٩٦٨):

٨٧٢

الاتفاقية الخاصة بعلاقات العمل (١٩٧٨): ٢٢

الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (١٨ ديسمبر ١٩٧٩): ١٠

الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (١٩٦٥): ٢٢

الاتفاقية الخاصة بقمع جريمة التمييز العنصري (١٩٧٣): ٢٢

الاتفاقية الخاصة بمنع الإتجار في الأشخاص واستغلالهم في الدعارة (١٩٤٩): ٢٢

الاتفاقية الخاصة بمنع الرق (١٩٢٦): ٢٢

الاتفاقية الخاصة بمنع السخرة (١٩٥٧): ٢٢

الاتفاقية الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية (١٩٥٤): ٢٢

اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج (١٩٦٢): ٢٢

اتفاقية فيينا لقانون العلاقات الدبلوماسية (إبريل ١٩٦١): ٢٣٧

اتفاقية فيينا لقانون العلاقات الدولية (١٩٦٩): ٧٤

اتفاقية لندن الخاصة بإنشاء محكمة نورمبورج لمحاكمة مجرمي الحرب: ١٦٨

الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن
(١٧٨٩): ١٠، ١٦، ١٤١، ١٥٠،

١٨٩

إعلان فيينا لحقوق الإنسان (١٩٩٣): ٥

أعمال السيادة: ٧٢، ٧٣، ١١١

إغفال تشريعي: ٧٧، ٧٨، ٩٢

وانظر كذلك: الرقابة على امتناع المشرع،

حكم مضيف، اختصاص مقيد.

أغلبية برلمانية: ٤٣، ٤٦

ألمانيا: ١١٧٤، ١٤، ١٩، ٢٢،

٤٠، ٤١، ٤٣، ٤٤، ٤٦، ٤٧، ٥٥،

٥٩، ٦٠، ٦١، ٦٤، ٦٦، ٧٤، ٧٦،

٧٧، ٨١، ٨٥، ٨٦، ١٠٣، ١٠٩،

١١٠، ١١٤، ١٢٢، ١٣٠، ١٣٣،

١٤٠، ١٦٨، ١٩٠، ٢٠٧، ٢٤٨،

٢١٧

وانظر: نازية، هتلر.

ألمانيا الشرقية (سابقا): ٣٠

الامتيازات الأجنبية: ٢، ١٢٥.

وانظر: المحاكم المختلطة.

إنجلترا: ١٠، ٢٢، ٤٠، ١٣٨، ١٩٠،

٢٠٦، ٢١٧، ٢٢٨، ٢٣٧، ٢٦٧،

٢٩٨

وانظر: العهد الأعظم.

انفراد التشريع بتحديد الإجراءات الجنائية:

١٤٣ وما بعدها، ١٥٨، ١٥٩ وما

بعدها.

٨٣٣

وانظر: الرقابة على امتناع المشرع، حكم
مضيف.

إسكاراس Escarras: ١٢٠

الإشراف القضائي على تنفيذ العقوبات

السالبة للحرية: ٢٠٩

إضراب: انظر: حق الإضراب

إعلان استقلال القضاء (مونريال ١٩٧٣):

٢٢٤، ٢٥٤

إعلان البرلمان الأوربي للحقوق والحريات

الأساسية (١٢ إبريل ١٩٥٠): ١٠

إعلان الحقوق Bill of Rights (الولايات

المتحدة الأمريكية): ١٠، ١٤، ٢٠،

٢٥٨

إعلان دهي الصادر عن المؤتمر الدولي لرجال

القانون (١٩٥٩): ٦

الإعلان الصادر عن الجمعية العامة للأمم

المتحدة بشأن التنمية (٤ ديسمبر

١٩٨٦): ١١

الإعلان العالمي لاستقلال القضاء (١٩٨٣):

٢٤٢

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (١٠ ديسمبر

١٩٤٨): ٩، ١٠، ١١، ١٨، ٢٠،

٢١، ٢٢، ١٣٨، ٢١٩، ٢٢٠،

٢٣٤، ٢٥٨، ٢٦٧، ٢٦٨

الإعلان العالمي للديمقراطية الصادر عن

الاتحاد البرلماني الدولي في دورته رقم ١٦٢

(القاهرة ١٦ ديسمبر ١٩٩٧): ٥، ١٨

- انفراد التشريع بتحديد الجرائم والعقوبات :
١٥٠ وما بعدها .
- انفراد التشريع بمسائل الحقوق والحريات :
١١٩ وما بعدها .
- الانفراد التشريعي العادي : ١٤٦
- الانفراد التشريعي في دستور ١٩٧١ : ١٤٧
- الانفراد التشريعي المدعم : ١٤٦
- الانفراد التشريعي المطلق : ١٤٦
- الانفراد التشريعي النسبي : ١٤٦
- أمريكا اللاتينية : ٤١ ، ٤٠
- أوروبا الوسطى : انظر : المجر ، يوغوسلافيا ، بلغاريا ، تشيكوسلوفاكيا ، رومانيا .
- إيران : ٢٠
- إيرلندا : ٩٣
- إيسمان Eismen : ٤٤ ، ٤٣
- إيطاليا : ٩ ، ١٤ ، ٢٢ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٦ ، ٤٧ ، ٥٥ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٦ ، ٦٧ ، ٧٧ ، ٨١ ، ٨٣ ، ٨٩ ، ٩٠ ، ١٩ ، ٢٩ ، ٣٩ ، ١٠١ ، ١٠٣ ، ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١٤ ، ١٢٠ ، ١٣٠ ، ١٣٣ ، ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ٢١٩ ، ٢٢٨ ، ٢٤٨ ، ٢٥٤
- وانظر : حكم مضيف ، القانون الحى ، فاشية .
- (ب)
- بادنتير (روبير) : ٨٦
- البرازيل : ٤٠
- البرتغال : ٩ ، ٢٢ ، ٤١ ، ٤٦ ، ٥٥ ، ٦٠
- برنس Prins : ١٩٣
- بروندى : ٥
- بلجيكا : ٢٢ ، ٥٩ ، ٦٠ ، ٢٥٤
- بلغاريا : ٤٨ ، ٥٩ ، ٧١ ، ٧٤ ، ٧٧ ، ٢١٣
- وانظر : المدرسة التقليدية في علم العقاب .
- بنما : ٤٠
- بولندا : ٤٠ ، ٤٨ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٠ ، ٧١ ، ١١٥
- بيان حقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن المجلس الإسلامى العالمى المنعقد في باريس عام ١٩٨١ : ١٠ ، ٢٣٤ ، ٢٥٢ ، ٢١٩
- بيكاريا : ١٣٩ ، ١٦٦ ، ١٩٠ ، ٢١٩
- وانظر : المدرسة التقليدية في علم العقاب .
- (ت)
- التأهيل الاجتماعى : ١٩٣
- وانظر : حركة الدفاع الاجتماعى ، فيليب جرامانكا
- التدابير الاحترازية : ١٩٢ ، ١٩٣ ، ٢٨١
- التدابير المانعة : ١٩٢

تركيا: ٧١، ١٠٣، ١١٥، ٢٣٤

وانظر: أتاتورك، مجلس الأمن الوطنى
التركي

تروبير Troper: ١٤٨

تسليم المجرمين: ٢٢٧

التشريع الميت: ٨٩

تشيكوسلوفاكيا: ٤٠، ٥٩، ٦٠، ١١٥

التصالح فى المسائل الجنائية: ١٣٤، ٢٣٦،
٢٧٣

تضامن اجتماعى: ٥

تعددية حزبية: ٥

وانظر: حرية تكوين الأحزاب

تفريد العقاب: ١٨، ١٩٣، ٤١٢، ٥١٢،
٦١٢

تفسير التشريع: ٤٥، ٥٣، ٧١، ٨٠،

٨١، ٨٧، وما بعدها، ١٠١، ١١١،

١١٢، ١٢٠، ١٢١، ١٥٥، ١٦٤

التفسير التشريعى الإنشائى: ٩١، ٩٣،
٩٤

التفريد التشريعى للعقوبة: ٢١٤

التفسير التشريعى القضائى أو التوجيهى:
٩٤، ٩٥

التفسير التشريعى المقيد: ٨٨، ٩٠، ٩٤

تفسير الدستور: ٢، ١٨، ٢٣، ٨٢ وما
بعدها، ١٠١، ١١٦

تفسير الشك لصالح المتهم: ١٦٢، ١٦٥،
٢٢٩

وانظر: قرينة البراءة.

التفسير فى مجال الإجراءات الجنائية: ١٨

تفسير القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان: ٨،

٢٢، ٢٩، ٧٤

التفسير الكاشف لمضمون القاعدة القانونية:

التفسير المعاصر للدستور: ٨٥

تفسير المعاهدات الدولية: ٧٤

تفسير النصوص الجنائية: ١٤٠

التفسير الواسع للدستور: ٤٥، ٤٦، ٥٣،

٨٠، ٨١، ٨٧

تفويض تشريعى: ٦٢، ٨٣، ٩٣، ١٤٨،

١٤٩، ١٥٠، ١٥١، ١٥٣، ٣٠١

تنفيذ الحكم بعدم الدستورية: ١٠٧

تونس: ٤١، ٢١٩

(ث)

الثورة الفرنسية الكبرى (١٧٩٨): ١٦،

٤٣، ١٣٨، ٢٢٠

وانظر: الإعلان الفرنسى بحقوق الإنسان

والمواطن

ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢: ٢، ١٣٤، ٢٥٤

(ج)

جاروفالو: ١٩٢

الجرائم الدولية: ٢٣٧

الجزائر: ٤٠، ٤١

وانظر: الحق في حماية الخصوصية .
حرمة الشخص: ٢٦
حرمة المسكن: ٧٢، ٢١٣، ٢٩٤
وانظر: الحق في حرمة المسكن .
حرية الاجتماع: ١٥، ١٦، ٤٣، ٨١،
٢٢٣، ٨٣
وانظر: حق الاجتماع الخاص، حق
الاجتماع العام
حرية البحث العلمي: ١٥، ١٩، ٢٦،
١٢٠
حرية التعاقد (حدودها): ٢٩
حرية التعبير: ٢١، ٢٨، ٢٩، ٢٩٤
وانظر: الحق في التعبير .
حرية التعليم: ٨٣
وانظر: الحق في التعليم .
حرية تغيير الديانة: ١٠
وانظر: حرية العقيدة .
حرية تكوين الأحزاب: ٥
حرية الرأي: ١٥
وانظر: حرية التعبير، حرية الصحافة
والطباعة والنشر، الحق في التعبير، حرية
البحث العلمي، الحق في نشر الأخبار .
الحرية الشخصية: ٨، ١٥، ١٨، ١٣،
١٣٣، ١٣٤، ١٤٥، ١٥٣، ١٦١،
١٦٢، ١٦٦، ١٨٩، ١٩٢، ١٩٩،
٢٠٩، ٢١٥، ٢٢٣، ٢٣٣، ٢٤٣

الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي: ١٩٤
الجمعية الدولية لعلم الإجرام: ١٩٤
الجمعية الدولية لعلم العقاب: ١٩٤
الجمعية الدولية لقانون العقوبات: ١١، ٥،
١٩٤
جواتيالا: ٤٠
جون (أحد ملوك إنجلترا): ١٠
الجيل الأول لحقوق الإنسان: ١١، ١٤، ١٥
الجيل الثالث لحقوق الإنسان: ١٣
الجيل الثاني لحقوق الإنسان: ١١، ١٥

(حـ)

حالة الطوارئ: ١٣٤، ٤٦، ١، ١٤٨،
١٨٦، ١٨٧، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤،
٣٠١، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥
حجية الأحكام الصادرة في الدعوى
الدستورية: ١٠١ وما بعدها .
الحجية المطلقة للشيء المقضى: ٤٢، ٥٤،
٦٩، ٧٢، ٧٥
الحجية النسبية للشيء المقضى: ٥٤، ٧٢
الحرب العالمية الثانية: ٤٣، ١٣٣
حركة الدفاع الاجتماعي: ١٩٣
وانظر: فيليب جراماتيكا
حركة الدفاع الاجتماعي الجديدة: ١٩٣
وانظر: مارك آنسل
حرمة الحياة الخاصة: ١٣٠، ٢٦٩

حق تكوين الجمعيات: ٢٢٣، ١٥	٢٤٨، ٢٥٨، ٢٦٧، ٢٨١، ٢٨٧
حق الشعوب في تقرير مصيرها: ٢٠	٢٨٨، ٣٠٥
الحق في الاجتماع الخاص: ١٥	حرية الصحافة والطباعة والنشر: ١٥،
الحق في الاجتماع العام: ١٦	١٣٠، ٢٢٣
الحق في الأمن: ١٤	حرية العقيدة: ١٥، ٢٩، ٢٢٣
وانظر: الحق في السلامة البدنية.	وانظر: حرية تغيير الديانة.
الحق في البيئة: ١١	حرية المتهم في إبداء دفاعه: ١٨
الحق في الترشيح وإبداء الرأي في	وانظر: حقوق الدفاع.
الاستفتاءات: ١٥	الحكم الاستبدادي: ٩١، ٩٣، ١٠٥
الحق في التعبير: ١٥	وانظر: سكوت التشريع، حكم
وانظر: حرية التعبير، الحق في نشر	مُضيف.
الأخبار، حرية البحث العلمي، حرية	الحكم الاندماجي: ١٠٥
الصحافة والطباعة والنشر.	الحكم برفض الدعوى الدستورية: ١٠٣،
الحق في التعليم: ١٥	١٠٨، ١١١، ١١٢
وانظر: حرية التعليم، الحق في الثقافة.	الحكم البسيط: ١٠٣
الحق في تنفيذ الأحكام القضائية: ٢٣	الحكم بشروط: ١٠٤
الحق في التنمية: ١١	الحكم بعدم الدستورية الجزئية: ٨٦
الحق في الثقافة: ١١	الحكم المضيف: ٧٧، ٩١، ٩٢
وانظر: الحق في التعليم.	وانظر: امتناع المشرع، سكوت التشريع.
الحق في حرمة المسكن: ١٥، ١٦	الحكم الوسيط: ١٠٥
وانظر: حرمة المسكن.	حق الإضراب: ٦، ١٤، ٨٣
الحق في الحرية الشخصية: ٨، ١٥، ١٨،	حق الانتقال والسلامة البدنية: ٤١، ٢٠٩،
٢٥٩	٢٦٧، ٢٩٤
وانظر: الحرية الشخصية.	حق التقاضي: ١٧٩
الحق في حماية الخصوصية: ٢٦٨	حق التقاضي واللجوء إلى القاضي الطبيعي:
الحق في الحياة: ٢٢٠، ٢٠٩	٧٣

- الحق في اللجوء السياسي: ١١، ١٥
 حق المتهم في اختيار محاميه: ١٨
 وانظر: حقوق الدفاع، حقوق المتهم،
 الحق في محاكمة منصفة، الحق في سرعة
 الفصل في الدعوى، حق التقاضى
 واللجوء إلى القاضى الطيعى .
 حق الملكية: ١٩، ٢٩، ٨٠، ٢٠٥
 حق المواطن في عدم إبعاده عن البلاد: ١٥
 الحقوق الأساسية: ٥، ٨، ١٤، ١٥، ٢٠،
 ٢٢، ٤٠، ٥٩، ٦٦، ٨٣، ٨٥،
 ٢٣٣، ٢٥٨، ٢٨٧
 وانظر: الحقوق غير القابلة للمساس .
 الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: ٢،
 ٥، ١٠، ١٤، ١٥، ٢٠
 وانظر: العهد الدولى للحقوق الاقتصادية
 والاجتماعية والثقافية .
 حقوق الإنسان غير القابلة للمساس: ٨،
 ١٠
 وانظر: حقوق أساسية .
 حقوق التضامن: ١١
 حقوق الدفاع: ٢٩، ٨٣، ١٦٦، ٢٥٨،
 ٢٨٠، وما بعدها، ٢٩٥
 حقوق الشعوب: ١١
 حقوق المتهم: ١٢٤
 وانظر: الحق في محاكمة منصفة، تفسير
 الشك لصالح المتهم، مبدأ عدم جواز
- الحق في الحياة الخاصة: ١٥، ١٦، ١٩،
 ٢٠، ٢٠٩، ٢٦٨، ٢٦٩
 وانظر: الحق في حماية الخصوصية، حرمة
 الحياة الخاصة .
 الحق في دليل البراءة: ٢٩٤
 الحق في سرعة الفصل في الدعوى: ١٨،
 ٢٢٣، ٢٧٨، ٢٩٤
 الحق في السلام: ١١، ١٤
 الحق في سلامة الجسم: ٢٦٦، ٢٩٤
 وانظر: حقوق الدفاع، حقوق المتهم .
 الحق في الصحة: ١٩٧
 الحق في محاكمة منصفة: ١٨، ٢٢٣،
 ٢٢٨، ٢٢٣، ٢٣٤، ٢٥٨، ٢٦٢،
 ٢٦٣، وما بعدها، ٢٩٤، ٢٩٥،
 ٢٩٨، ٣٠٥
 وانظر: حقوق الدفاع، وحقوق المتهم .
 الحق في المساواة: ١٥، ٢٦٣
 وانظر: مساواة، مبدأ المساواة .
 الحق في المسكن اللائق: ١٩
 الحق في المعاملة الإنسانية: ٢٦٧
 الحق في الهجرة: ١٥
 الحق في نشر الأخبار: ٢٩
 وانظر: حرية التعبير، الحق في التعبير،
 حرية الصحافة والطباعة والنشر .
 حق كل إنسان في الكفاح ضد جرائم الحرب
 والجرائم الإنسانية: ١١

رئيس الاتحاد البرلماني الدولي: ٥
 رئيس مجلس الشعب: ٢٣
 رجعية القانون الأصلح للمتهم: ٢٣،
 ١١٨، ١١٢، ١٠١
 وانظر: القوانين المتتابعة، القوانين المؤقتة
 الرقابة الدستورية التبعية: ٥٤، ٥٣
 الرقابة الدستورية المباشرة: ٤٧، ٥٩ وما
 بعدها، ٦٨ وما بعدها.
 الرقابة الدستورية المحددة: ٤٧، ١٠١ وما
 بعدها، ١٠٣
 الرقابة الدستورية المحددة: ٥٧، ٥٨، ٩٢،
 ١٠٢ وما بعدها، ١٠٣، ١١١، ١١٦
 الرقابة السابقة على دستورية مشروعات
 القوانين: ٦، ١٤، ١٦، ٤١، ٤٤،
 ٤٧، ٤٨، وما بعدها، ٧١
 الرقابة على امتناع المشرع: ٧٥ وما بعدها.
 وانظر: امتناع المشرع، سكوت التشريع،
 إغفال التشريع، حكم مضيف.
 الرقابة على دستورية التشريعات الضريبية:
 ١٢٣
 الرقابة على دستورية اللوائح: ٦٣، ٧٢،
 ١١١
 رقابة المحكمة الدستورية في مصر على
 القوانين غير المنشورة: ٥٩
 رقابة الملازمة: ١٠١، ١٤٨
 روبيه Roupier: ١٢٠

محاكمة الشخص مرتين عن فعل واحد،
 مبدأ المواجهة، حقوق الدفاع، الحق في
 سرعة الفصل في الدعوى، مبدأ علانية
 الجلسات.
 الحقوق المدنية والسياسية: ٥، ١١، ١٥،
 ٢٠
 وانظر: العهد الدولي للحقوق الاقتصادية
 والاجتماعية والثقافية.
 الحقوق والحريات المنفردة عن اللجنة
 التحضيرية لدستور ١٩٧١: ٤

(٥)

الدول الإسكندنافية: ٢٧٤
 الدولة البوليسية: ٥
 الدولة القانونية: ١، ٣، ٤، ٥، ٧، ٨، ١٠،
 ٢٠، ٢٢، ٣٠، ٣٩، ١٦٨
 ديجول (الرئيس شارل): ٤٣، ٣٠١
 ديجي (العميد ليون): ٥، ٢١
 ديمقراطية: ٣، ٥، ٦، ١٤، ١٨، ١٩،
 ٢٠، ٢٢، ٢٣، ٣٠، ٤٠، ٤١، ٤٢،
 ٥٩، ٨٣، ٨٦، ١٣٠، ١٤١، ٢٦٢

(٥)

ذاتية الرقابة على دستورية القوانين: ٨٠

(د)

السلطة التنفيذية: ٣، ٦، ١٦، ٧٢، ٧٣،
٧٤، ٩٤، ٩٥، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦،
١٤٧، ١٤٨، ١٥٠، ١٥١، ١٥٣،
١٥٦، ٢٣٢، ٢٤٥، ٢٥٢، ٢٨٧،
٣٠٥

وانظر: أحكام عرفية، أزمة وطنية،
سلطات استثنائية.

سلوفاكيا: ٤٠، ٥٩، ٦٠، ١١٥

سوريا: ٧٢، ٢١٩

السويد: ١١

سويسرا: ٥٩، ١٠٣

سيادة الدستور: ١، ٣، ٦، ٤٣، ٥٩،
١٠٦

سيادة القانون: ١، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧،
٨، ١٤، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٣٠، ٤١،
٤٣، ٥٨، ٨١، ٨٣، ٨٦، ١٣٠،
١٤١، ١٤٨، ١٩٠، ٢٣٢، ٢٣٩،
٢٩٨، ٢٦٢

سياسة الحد من العقاب: ١٩٤

وانظر: المؤتمر الدولي لعلم الإجرام.

سياسة اللاتجريم: ١٩٤، ٢٧٤

وانظر المؤتمر السادس لوزراء العدل في
أوروبا، الندوة العلمية الثالثة للجمعيات
المشتغلة بالعلوم الجنائية، المؤتمر الدولي
الخامس لمكافحة الجريمة ومعاملة
المجرمين.

روسو (جان جاك): ١٩٠، ٢٦٢

وانظر: العقد الاجتماعي، المدرسة

التقليدية في علم العقاب

رومانيا: ٤٠، ٩٠، ١١٥

ريفيرو (العميد جان): ١١، ٨١

(س)

سكوت التشريع: ٧٧

وانظر: إغفال التشريع، سلطة تقديرية.

السلطات الاستثنائية: ١٤٨

وانظر: الظروف الاستثنائية، الأزمة
الوطنية، تفويض تشريعي، المحاكم
العسكرية.

السلطة التشريعية: ١، ٢، ٣، ٦، ٧،
١٦، ٢٦، ٤٠، ٤١، ٧٤، ٨٣، ٩٠،
٩٥، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٤، ١٤٥،
١٤٦، ١٤٧، ١٥٠، ١٥٣، ١٥٦،
١٦٠، ٢٣٢، ٢٤٥، ٢٥٢، ٢٦٢،
٢٨٧، ٢٦٣

السلطة التقديرية للمشرع: ٨، ٧٧، ٧٨،

٨١، ٨٤، ٨٥، ١٠١، ١١١، ١٣١،
١٤٥، ١٤٦، ١٦٢، ١٦٤، ١٨٩،
٢٠٢، ٢٠٩

وانظر: الرقابة على امتناع المشرع، امتناع
المشرع، إغفال تشريعي، حكم مُضيف،
سكوت تشريعي.

(ش)

شيلي: ٤٠

شرعية: انظر: مبدأ الشرعية، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

الشرعية الاستثنائية: ١٥٦

وانظر: الظروف الاستثنائية، حالة الطوارئ.

شرعية الجرائم والعقوبات: ٢٦، ١٩٠، ٢٢٠

الشرعية الإسلامية: ٢، ٤٦، ٧٨، ١٣٨، ٢١٩، ٢١٦، ٢٠٩

وانظر: بيان حقوق الإنسان في الإسلام، نظرية درء الحدود بالشبهات.

شريف بسيوني (دكتور): ٤٠

وانظر: الجمعية الدولية لقانون العقوبات.

شفوية المرافعات: ٢٨٠، ٢٩٤، ٢٩٥

وانظر قانون سميت لمحاربة الشيوعية.

شيوعية: ٥

(ظ)

الظروف الاستثنائية: ١٢٥، ١٣٨، ٢٩١ وما بعدها.

(ع)

العدالة الاجتماعية: ٢٦

العدالة الشكلية: ٢٦

العدالة القانونية: ٢٦

العدالة المادية: ٢٦

العراق: ٢٤٨

العقد الاجتماعي: ٨، ١٣٩

عقوبة الإعدام: ٨، ٢٠، ١٨٣، ٢٢٠

عنصرية: ٦٦

العهد الأعظم (إنجلترا): ١٠، ١٣٨

العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية

(١٩٦٦): ١٠، ٢٠، ٢٢

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

(١٩٦٦): ١٠، ١٨، ٢٠، ٢٢

١٣٨، ١٤٨، ١٨٩، ٢١٩، ٢٣٤

٢٥٢، ٢٦٢، ٢٦٨، ٢٧١

(ف)

فاشية: ٥، ٤٠، ٤١، ٨١، ١٢٠، ١٣٣، ١٤٠

فافوري (العميد لوى): ٩١، ١٤٨

فرنسا: ٢، ٩، ١٤، ٢٢، ٤٠، ٤١

٤٣، ٤٤، ٤٦، ٤٧، ٤٨، ٤٩، ٧١

٧٤، ٧٧، ٨١، ٨٣، ١٣٨، ١٤١

١٥٠، ١٥٣، ١٥٥، ١٦٠، ١٦١

١٦٦، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٩، ١٨٧

١٨٩، ١٩٠، ١٩٤، ١٩٩، ٢٠٣

٢١٣، ٢١٥، ٢١٧، ٢٢٣، ٢٢٦

القانون الدستوري المدني : ٤٦
 القانون الدولي لحقوق الإنسان : ٢ ، ٢٢ ،
 ٨٦
 وانظر: المعاهدات والاتفاقات والعهود
 والقوانين المتعلقة بحقوق الإنسان .
 القانون الروماني : ٢٠٨ ، ٢٢٠
 قانون سميث لمحاربة الشيوعية (الولايات
 المتحدة الأمريكية) : ٢٩
 القانون الطبيعي : ٨ ، ٩ ، ١٤
 قانون العقوبات الأهلي الصادر عام ١٨٨٣ :
 ٢
 القانون الكنسي : ٢٠٨
 القانون المدني المصري الصادر عام ١٨٨٣ :
 ٢
 القانون الوضعي : ٨
 قرينة الإباحة : ١٦٢ ، ١٦٦
 قرينة الإثم (المجتمعات البدائية) : ٢٢٠
 قرينة البراءة : ٣ ، ٤٢ ، ١٢٥ ، ١٦٢ ،
 ٢٠٤ ، ٢١٩ ، وما بعدها ، ٢٢٧ ،
 ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٥٩ ، ٢٦٧ ، ٢٦٩ ،
 ٢٩٥ ، ٣٠٣
 قرينة الدستورية : ٨١
 القضاء الشعبي ونظام المحلفين : ٢٤٢ ،
 ٢٤٨
 القضاء العسكري : ١٣٤ ، ٢٦٤
 قضاء القيم : ٢٦٤

٢٢٨ ، ٢٣٣ ، ٢٣٩ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ،
 ٢٤٣ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٨ ، ٢٥٠ ،
 ٢٥٢ ، ٢٥٨ ، ٢٦٢ ، ٢٦٧ ، ٢٨٩ ،
 ٢٩١ ، ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ،
 ٣٠١ ، ٣٠٤
 وانظر: الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان
 والمواطن ، الثورة الفرنسية
 فنزويلا : ٤٠ ، ٤١ ، ٨١
 فويرباخ : ١٩٠
 وانظر: المدرسة التقليدية في علم
 العقاب .
 فيبري : ١٩٢
 فيدل (العميد جورج) : ٢٣
 فيليب جراماتيكا : ١٩٣
 وانظر: حركة الدفاع الاجتماعي .

(ق)

القانون الجرمانى : ٢٥٢
 القانون الحى : ٨٠ ، ٨١
 القانون الدستوري الاقتصادى : ٤٦
 القانون الدستوري الجنائى : ٤٦
 القانون الدستوري للأسرة : ٤٦
 القانون الدستوري للحياة السياسية : ٤٦
 القانون الدستوري للضرائب : ٤٦
 القانون الدستوري للعمل : ٤٦
 القانون الدستوري للموظفة العامة : ٤٦

اللوائح الأساسية: انظر: اللوائح التنظيمية
ولوائح الضبط.
لوائح الضبط: ١٥١
لوائح للضرورة: انظر: تفويض تشريعي.
اللوائح التنظيمية: ١٥١
لوكسمبورج: ٢٢
لومبيروزو: ١٩٢
ليبيا: ٧٢، ١٦٦، ٢١٩، ٢٤٨
ليست: Lizt: ١٩٣

(م)

مؤتمر الأمم المتحدة لقمة الأرض المنعقد في
ريو ديجينيرو عام ١٩٩٢: ١١
مؤتمر الأمم المتحدة لقمة الأرض المنعقد في
إستوكهولم عام ١٩٩٣: ١١
المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي
(القاهرة ١٩٨٧): ٢٥٢
المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون
الجنائي (الإسكندرية ١٩٨٨): ٢٥٢
المؤتمر الخامس للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة
ومعاملة المذنبين (جنيف ١٩٧٥): ١٩٤
المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات
(هامبورج ١٩٥٩): ٢٢٣
المؤتمر الدولي الخامس عشر لقانون العقوبات
(إسبانيا ١٩٩٢): ١٤٠
المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات (باريس
١٩٣٧): ١٤٠

قطاع الأعمال العام: ٧٢، ٨٤، ٢١٧
القوانين الأساسية: ١٦، ٥٠، ٧٧، ١١١
وانظر: مجلس الشورى.
القوانين المؤقتة: ١٨٥ وما بعدها
القوانين المتتابة: ١٧٨
القوة الملزمة للمعاهدات المتعلقة بحقوق
الإنسان: ١٤، ٢٢، ٨٦
القياس في الإجراءات الجنائية: ١٦٦

(ك)

الكتلة الدستورية: ١، ٦، ٨٢، ١٤١ وما
بعدها.
كلسن: (هانز): ٨٣، ١٤٦
كندا: ٢٢٨
كوستاريكا: ٤٠
وانظر: مرجعية دستورية، المبادئ العليا
غير المدونة في الدستور.
كولومبيا: ٤٠، ٢٧٢
الكويت: ٤٠

(ل)

لبنان: ٢٨٤
لجان الأشقياء: ١٣٤
اللجان ذات الاختصاص القضائي: ١٣٤،
٢٣٥
اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان: ٢٢٣

مبدأ اتباع الوسائل القانونية السليمة Due
 Processe of Low (الولايات المتحدة
 الأمريكية): ٢٥٨
 مبدأ استقلال السلطة القضائية: ٦ ، ١٠ ،
 ٨٣
 مبدأ استمرارية المرافق العامة: ٨٣
 مبدأ أولوية التشريع في مسائل الحقوق
 والحريات: ١٤٤
 مبدأ تعدد درجات التقاضي: ٢٩٧ ، وما
 بعدها، ٣٠٥
 مبدأ التناسب في العقوبات: ٢٨٤
 مبدأ التوازن بين الحقوق والحريات: ٢٦
 مبدأ الحرية الشخصية: انظر: الحرية
 الشخصية، الحق في الحرية الشخصية.
 مبدأ حماية الكرامة الإنسانية: ٩١
 مبدأ سيادة القانون: انظر: سيادة القانون.
 وانظر: افراد التشريع.
 مبدأ شخصية العقوبة: ١٣٠ ، ٢٠٢ وما
 بعدها.
 مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: ٢٦ ، ٢٨ ،
 ٩٠ ، ١٣٠ ، ١٣٤ ، ١٣٧ وما بعدها،
 ١٥٧ ، ١٦٦ ، ١٩٠ ، ١٩٢
 وانظر: شرعية الجرائم والعقوبات.
 مبدأ شقوية المرافعات الجنائية: ٢٨٠
 مبدأ عدم تقادم الدعاوى الجنائية والمدنية في
 مجال الحقوق والحريات: ٤٠ ، ١٣٠ ،
 ٢٧٢

المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا
 عام ١٩٩٣: ١١
 المؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد بنيودهي
 عام ١٩٥٩: ٦ ، ٢٢٠
 المؤتمر الدولي لعلم الإجرام (١٩٥٠): ١٩٤
 وانظر: سياسة الحد من العقاب.
 المؤتمر الرابع عشر لقانون العقوبات
 (١٩٨٦): ٢٨٩
 المؤتمر السابع للأمم المتحدة لمنع الجريمة
 ومعاملة المجرمين (١٩٨٥): ٢٣٤
 المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوروبا
 (١٩٧٠): ١٩٤ ، ٢٨٠
 المؤتمر العاشر للأكاديمية الدولية للقانون
 المقارن (بودابست ١٩٧٨): ٢٨٩
 مارشال (القاضي ورئيس المحكمة العليا في
 أمريكا): ٧٣
 مارك آنسل: ١٩٤
 وانظر: حركة الدفاع الاجتماعي الجديدة.
 المبادئ الأساسية للقانون الدولي: ٢١
 المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين
 الجمهورية (فرنسا): ١٩ ، ٢١ ، ٢٥٨
 المبادئ العامة للقانون: ١٤ ، ٢٨٢
 المبادئ العليا غير المدونة في الدستور والسابقة
 عليه: ٥ ، ٩ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ١٤٨
 مبادئ القانون الطبيعي: ١٣٩
 مبادئ القانون الدولي: ٥

مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد: ١٨، ٢٨٤، ٢٩٤	مجلس أوربا: ١٠
مبدأ عدم رجعية القوانين: ١٣٠، ١٤٣	مجلس الشعب: ١٦، ٢٣، ٧٢، ٧٣، ٣٠١، ١٤٨، ١٢٠، ١٠٨، ١٠١
مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات: ١٦٨ وما بعدها.	مجلس الشورى: ١٦
وانظر: رجعية القوانين الأصلح للمتهم.	مجلس الوزراء: ١٢٣
مبدأ عدم وجود تدرج بين القواعد الدستورية: ٢٨	محاكم الأحداث: ٢٦٤
مبدأ عدم وجود تنازع بين الحقوق والحريات في الدستور: ٢٨، ٢٦، ٢٥	المحاكم الاستثنائية: ١٣٤، ١٤٠، ٢٥٣، ٢٥٥، ٢٥٤
مبدأ علانية الجلسات: ٢٧١، ٢٩٤، ٢٩٥	محاكم أمن الدولة: ١٥٦، ٢٥٢، ٣٠٥
مبدأ الفصل بين السلطات: ١٦، ٧٧، ٢٤٦، ٢٣٣، ٢٣٢، ١٦٦، ١٣٤	المحاكم العسكرية: ٢٥٣، ٢٥٥
وانظر: مونتسكيو.	المحاكم المختلطة: ٢، ١٣٤
وانظر إعلان استقلال القضاء.	وانظر: معاهدة مونتريه
مبدأ المساواة: ٨، ٢٩، ١٢٠، ٢٦٢، وما بعدها، ٢٧٧	محكمة الوزراء: ٢٦٤
وانظر: المساواة أمام القانون، المساواة أمام القضاء، المساواة في الحقوق والواجبات، الحق في المساواة.	محكمة إيجازية: ٩٣
مبدأ معقولية العقوبة وإنسانيتها: ١٨، ٢٦	المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان: ٩، ٢٢، ٢٨٤، ١٨٩
مبدأ المواجهة: ٢٨٠	محكمة نورمبورج لمحكمة مجرمي الحرب: ٢٣٧
المجر: ١١٥، ١٨٩، ٢٩٨	محمد علي باشا: ١١
المجلس الأعلى للقضاء (فرنسا): ٢٤٣	المدرسة التقليدية الجديدة في علم العقاب: ١٩٣، ٢١٦
المجلس الأعلى للهيئات القضائية: ٢٤٣	وانظر: لومبروزو، جاروفالو، تدابير مانعة، تدابير احترازية.
مجلس الأمن الوطني التركي: ٧١	المدرسة التقليدية في علم العقاب: ١٩٠، ١٩٢
	المدرسة القومية للقضاء (فرنسا): ٢٤١

- المدرسة الوضعية في علم العقاب : ١٩٢ ، ٢٢١ ، ١٩٣
- المذهب الاشتراكي : ٢٩
- المذهب الفردي : ٢٩
- مرجعية دستورية : ٨٢
- وانظر: كتلة دستورية، المبادئ غير المدونة في الدستور.
- مركز الدراسات القضائية : ٢٤١
- المساواة أمام القانون : ٢٦٢ ، ٢١٥
- المساواة أمام القضاء : ٢٦٤ ، ٢٤١ ، ٢٣٩ ، ٢٧٤
- المساواة في الحقوق والواجبات : ٢٦٢
- مسئولية تنابعية : ٢٠٤
- وانظر: مسئولية رؤساء التحرير.
- المسئولية الجنائية للشخص المعنوي : ٢١٧
- مسئولية رؤساء تحرير الصحف : ٢٠٤ ، ٢٢٨ ، ٢١٧
- مسئولية رؤساء الأحزاب عما تنشره الجرائد الحزبية : ٢٠٤
- المسئولية عن فعل الغير : ٢٠٨ ، ٢٠٤
- المشد (المستشار عوض) : ٧١
- المشرع: انظر: السلطة التشريعية .
- المشرع الدستوري : ١١ ، ٨ ، ٦ ، ٢
- مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب الصادر عن المؤتمر السادس عشر لاتحاد المحامين العرب (الكويت ١٩٨٧) : ١٠
- مشروع ميثاق حقوق الإنسان في الوطن العربي : ٢٣٤
- وانظر: المعهد الدولي للعلوم الجنائية .
- مشروعية السلطة : ٢٠
- المصلحة العامة : ١ ، ٣ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٥٦ ، ٧٣ ، ٨٣ ، ٩٠ ، ١١٤ ، ١٢٠ ، ١٢٢ ، ١٢٥ ، ١٣٩ ، ١٤٤ ، ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٦٢ ، ١٦٦ ، ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٧ ، ١٨٩ ، ١٩٢ ، ١٩٣ ، ١٩٥ ، ١٩٨ ، ٢٠٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٩ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٤١ ، ٢٥٢ ، ٢٧٨ ، ٢٨٧ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٣٠١
- المصلحة في الدعوى الدستورية : ٥٥ ، ٥٧ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٨١ ، ٩٣ ، ٩٧ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٧ ، ١١٩
- معارضة برلمانية : ٤٦
- معاهدة مونتريه (١٩٣٧) : ١٣٤
- المعهد الدولي للدراسات العليا في القانون الجنائي (سيراكوزا - إيطاليا) : ٢١٩ ، ٢٣٤
- المعهد الدولي لحقوق الإنسان : ٦٦
- المعهد الدولي للعلوم الجنائية : ٢٣٤
- المغرب : ٤٠ ، ٤١
- المكاسب الاشتراكية : ٨٤
- المكسيك : ٤٠
- المملكة العربية السعودية : ١٠

- موانع العقاب: ٢١٣
- موانع المسؤولية: ٢٢٧، ٢١٣
- مونتسكيو: ١٥، ٥٧، ١٩٠، ٢٢٠، ٢٢٣
- وانظر المدرسة الوضعية في علم العقاب.
- الميثاق الاجتماعي الأوربي (٨ أكتوبر ١٩٦١): ١٠
- الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب
- النافذ اعتباراً من ٢١ أكتوبر ١٩٨٦: ١٠
- ميثاق باريس لأوروبا الجديدة (نوفمبر ١٩٩١): ٥
- ميثاق الجماعة الأوروبية لحقوق الاجتماعية
- للعمال (٩ ديسمبر ١٩٨٩): ١٠
- ميثاق منظمة الدول الأمريكية لعام ١٩٤٨: ١٠
- وانظر: سياسة اللاتجريم.
- (ن)
- نابليون (لويس): ٣٠١
- نازية: ٥، ١٣٣، ١٤٠
- وانظر: هتلر.
- ندوة العدالة الجنائية وحقوق الإنسان في وسط
- وغرب أوروبا والاتحاد السوفيتي (إيطاليا ١٩٩١): ٢٧٥
- الندوة العلمية للجمعيات المشتغلة بالعلوم
- الجنائية (إيطاليا ١٩٧٣): ١٩٤
- وانظر: سياسة اللاتجريم.
- نصوص الغاية: ١٨٧
- نصوص الوسيلة: ١٨٧
- النظام الاتهامي: ٢٢٠
- نظام التحري: ٢٢٠
- النظام العام: ١٤، ٩٧، ١٠١، ١١٧، ١٣٤، ١٨٢، ١٨٩، ٢٦٧، ٢٧٧، ٢٩٥، ٣٣٠، ٣٠١
- نظرية درء الحدود بالشبهات: ٢٩١
- النظرية الشخصية في التجريم: ٢٠٨
- النظرية الغائية في التجريم: ٢٠٨
- وانظر: فلتسل.
- النظرية الموضوعية في التجريم: ٢٠٨
- النقص التشريعي: ٧٧
- وانظر: حكم مُضيف، امتناع المشرع،
- إغفال تشريعي، السلطة التقديرية
- للمشرع.
- النمسا: ٤٠، ٤١، ٧٧، ٨٣، ١٠٣، ١٠٩، ١١٥، ١٢٠، ٢٧٨
- وانظر: التفسير المعاصر للدستور.
- نيكاراجوا: ٤٠
- نيوزيلاند: ٨
- (هـ)
- هايتي: ٥
- هتلر: ٣١
- وانظر: نازية.

هندوراس: ٤٠

هولندا: ٢٢، ٢١٧

(٩)

وحدة النظام القانوني: ٢٨، ٨١، ٨٣

الولايات المتحدة الأمريكية: ١٥، ١٦،

١٩، ٢٠، ٢٩، ٤٠، ٤٦، ٨٢، ٩٥،

٢٠٦، ٢٧١، ٢٢٨، ٢٥٢، ٢٥٨،

٢٦٨، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٨، ٢٨٤

وانظر: إعلان حقوق الإنسان الأمريكي،

الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان،

قانون سميث لمحاربة الشيوعية.

(١٠)

يوغسلافيا: ٤١، ٥٩، ١٠٣، ٢٧٢

اليونان: ٢٢، ٤٠، ٤٣، ٢٤٣

المحتويات

البند	صفحة
	مقدمة
١	المشكلة موضوع الدراسة
٢	تطور المشكلة في مصر
٣	إطار الدراسة
٤	منهجية الدراسة
	الجزء الأول
	الأسس العامة للحماية الدستورية
	للحقوق والحريات
١٧	تمهيد
١٨	
	القسم الأول
١٩	الشرعية الدستورية للحقوق والحريات
	الباب الأول
	سيادة القانون والديمقراطية
٥	سيادة القانون
٦	الديمقراطية
٧	سيادة الدستور

الباب الثاني

٣٣	معيّار الشرعية الدستورية للحقوق والحريات	
٣٣	الفصل الأول: أفكار وحقوق الإنسان	
٣٣	تمهيد	٨
٣٤	تطور فكرة الحقوق والحريات	٩
٣٦	علاقة الشرعية الدستورية بحقوق الإنسان	١٠
٣٨	تطور فكرة حقوق الإنسان	١١
٤١	أجيال حقوق الإنسان	١٢
٤٤	الفصل الثاني: التحديد الدستوري للحقوق والحريات	
٤٤	تمهيد	١٣
٤٥	المبحث الأول: التحديد الدستوري المباشر للحقوق والحريات	
٤٥	كيفية	١٤
٤٧	الحقوق الأساسية	١٥
٥١	الحريات	١٦
	دور القوانين المكملّة للدستور في تحديد نطاق الحقوق والحريات	١٧
٥٣	الأساسية	
٥٨	المبحث الثاني: التحديد الدستوري غير المباشر للحقوق والحريات	
٥٨	دور القضاء الدستوري	١٨
٦٢	موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر	١٩
٦٤	موقف المجلس الدستوري الفرنسي	٢٠
٦٧	المحكمة العليا الأمريكية	٢١
	حدود القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي المتعلقة بحقوق	٢٢
٧٠	الإنسان	
٧٣	الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان	٢٣
	الترابط اللازم بين (حقوق الإنسان في الدول الديمقراطية) والحماية	٢٤
٨٠	الدستورية للحقوق والحريات	

الباب الثالث

٢٥	تمهيد	٨٥
	المبحث الأول: التوازن بين القيم الدستورية المختلفة	٨٧
	المبحث الأول: متطلبات التوازن بين القيم الدستورية المختلفة ..	٨٨
٢٦	أهداف النظام القانوني	٨٨
٢٧	مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن	٩١
٢٨	إطار التوازن بين الحقوق والحريات	٩٤
	المبحث الثاني: التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة	٩٦
٢٩	حدود التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة	٩٦
٣٠	دور النظام الاقتصادي في إحداث التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة	١٠٨
	المبحث الثاني: مبدأ المساواة	١١١
٣١	فكرة عامة	١١١
٣٢	مضمون مبدأ المساواة	١١٣
٣٣	(أولاً) تحديد المراكز القانونية وفقاً لشروط موضوعية من حيث التماثل أو الاختلاف	١١٦
٣٤	(ثانياً) تحديد المعاملة القانونية بالتساوى مع المراكز القانونية المتماثلة	١٢٢
٣٥	المساواة «بالمعنى الضيق» بين المراكز القانونية المتماثلة	١٢٣
٣٦	المساواة «بالمعنى الواسع» بين المراكز القانونية المتماثلة	١٢٥
٣٧	(أ) التناسب بين المعاملة القانونية والهدف من القانون	١٢٨
٣٨	(ب) التناسب بين المعاملة القانونية والمصلحة العامة	١٣٣

القسم الثانى

الرقابة على احترام الشرعية الدستورية

١٣٩	كضمان للحقوق والحريات	
١٣٩	تمهيد	٣٩

الباب الأول

١٤١	نماذج القضاء الدستورى بوجه عام	
١٤١	تطور فكرة القضاء الدستورى	٤٠
١١٥٠	تحليل لتطور الرقابة على دستورية القوانين	٤١
١٥٢	تطور الرقابة على دستورية القوانين فى مصر	٤٢

الباب الثانى

١٥٥	الأسس الفلسفية للرقابة على دستورية القوانين	
١٥٥	(أولا) حماية النظام الديمقراطى وسيادة الدستور	٤٣
١٥٩	(ثانيا) ضمان احترام الحقوق والحريات	٤٤
١٦١	(ثالثا) إشباع الحاجات المتطورة للمجتمع	٤٥
١٦٢	(رابعا) تحقيق الاستقرار السياسى والقانونى	٤٦

الباب الثالث

١٦٥	أشكال الرقابة الدستورية	
١٦٥	عرض عام لأشكال الرقابة الدستورية	٤٧
١٦٧	الفصل الأول: نظام الرقابة الدستورية السابقة	
١٦٧	تطور نظام الرقابة السابقة	٤٨
١٧١	الوظيفة القضائية للمجلس الدستورى الفرنسى	٤٩
١٧٣	تقدير الرقابة السابقة	٥٠
١٧٤	الاتجاه نحو الأخذ بالرقابة اللاحقة فى فرنسا	٥١
١٧٦	الفصل الثانى: نظام الرقابة الدستورية اللاحقة	

٥٢	تمهيد	١٧٦
	المبحث الأول: الرقابة التبعية (النموذج الأمريكى)	١٧٧
٥٣	ماهيتها	١٧٧
٥٤	أثرها	١٧٩
	المبحث الثانى: الرقابة المجردة	١٨١
٥٥	ماهيتها	١٨١
٥٦	تقديرها	١٨٣
	المبحث الثالث: الرقابة المحددة	١٨٤
٥٧	ماهيتها	١٨٤
٥٨	تقديرها	١٨٥
	المبحث الرابع: الرقابة بناء على الدعوى المباشرة من الأفراد لحماية	
	الحقوق والحريات	١٨٧
٥٩	ماهيتها	١٨٧
٦٠	ملامح الرقابة بناء على الدعوى المباشرة من الأفراد	١٩٠
٦١	تقديرها	١٩٢
٦٢	مدى أهمية العنصر الشخصى فى الرقابة الدستورية	١٩٣
	الفصل الثالث: شكل الرقابة الدستورية فى القانون المصرى .	١٩٥
٦٣	تمهيد	١٩٥
	المبحث الأول: التنظيم الإجرائى للرقابة المحددة	١٩٦
٦٤	التنظيم الموضوعى للرقابة	١٩٦
٦٥	التنظيم الشخصى للرقابة	٢٠٠
٦٦	المصلحة الشخصية كمناط لقبول الدعوى الدستورية	٢٠٢
٦٧	اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى	٢٠٧
	المبحث الثانى: نطاق الرقابة الدستورية من خلال دعاوى الافراد .	٢٠٩
٦٨	أحوالها	٢٠٩
٦٩	شروط الرقابة الدستورية من خلال دعاوى الأفراد	٢١٠

الباب الرابع

٢١٣	محل الرقابة الدستورية ومنهجها	
٢١٣	تمهيد	٧٠
٢١٤	الفصل الأول: محل الرقابة الدستورية	
٢١٤	المبحث الأول: القواعد القانونية التشريعية	
٢١٤	عرض عام	٧١
٢١٥	الرقابة على دستورية التشريع واللائحة في القانون المصرى	٧٢
٢٢٠	استبعاد النظر في أعمال السيادة	٧٣
٢٢٢	الرقابة الدستورية على النصوص التشريعية في الاتفاقيات الدولية	٧٤
٢٢٦	المبحث الثانى: الرقابة على امتناع المشرع	
٢٢٦	إجازة الرقابة على امتناع المشرع	٧٥
٢٢٦	دعوة المحكمة للمشرع لاستيفاء النقص التشريعى	٧٦
٢٢٧	الرقابة الدستورية غير المباشرة على امتناع المشرع	٧٧
٢٣٢	الرقابة الدستورية غير المباشرة على امتناع المشرع فى مصر	٧٨
٢٣٧	الفصل الثانى: منهج الرقابة الدستورية	
٢٣٧	تمهيد	٧٩
٢٣٨	المبحث الأول: ذاتية الرقابة الدستورية	
٢٣٨	دور المحكمة الدستورية	٨٠
٢٤٠	ذاتية الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية	٨١
٢٥٠	المبحث الثانى: المرجعية الدستورية للرقابة	
٢٥٠	تمهيد	٨٢
٢٥٠	(أولاً) المبادئ والقواعد الدستورية الصريحة	٨٣
٢٥٤	المعايير المرجعية فى تحديد القواعد الدستورية فى مصر	٨٤
٢٦٢	(ثانياً) المبادئ الدستورية الضمنية	٨٥
٢٦٣	(ثالثاً) القواعد التى تنال قيمة دستورية	٨٦
٢٦٤	المبحث الثالث: الوسائل الفنية لتفسير القواعد التشريعية	

٢٦٤	الرقابة الدستورية كأساس لشرعية التفسير	٨٧
٢٦٧	المطلب الأول: التفسير المقيد	
٢٦٧	ماهيته	٨٨
	(أولاً) التفسير الذى يستخلص فراغ النص من أى مضمون	٨٩
٢٦٧	قاعدى	
	(ثانياً) التفسير الذى يستخلص المضمون القاعدى للنصوص	٩٠
٢٧٠	بطريقة محايدة	
٢٧٧	المطلب الثانى: التفسير الإنشائى	
٢٧٧	ماهيته	٩١
٢٧٨	(أولاً) المنهج التفسيرى المضيف	٩٢
٢٧٩	(ثانياً) المنهج التفسيرى الاستبدالى	٩٣
٢٨٣	المطلب الثالث: التفسير التوجيهى	
٢٨٣	ماهيته	٩٤
٢٨٤	موضوع التفسير التوجيهى	٩٥
٢٨٥	درجة التفسير التوجيهى	٩٦

الباب الخامس

٢٨٩	الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية	
	الفصل الأول: الحكم الصادر قبل الفصل فى موضوع الدعوى	
٢٩٠	الدستورية	
٢٩٠	الرقابة على سلامة اتصال المحكمة بالدعوى	٩٧
٢٩١	الحكم بعدم الاختصاص	٩٨
٢٩٢	الحكم بعدم القبول	٩٩
٢٩٢	أحكام إجرائية أخرى	١٠٠
٢٩٣	الفصل الثانى: الحكم الفاصل فى موضوع الدعوى الدستورية	
٢٩٣	المبادئ التى تحكم الفصل فى الدستورية موضوع الدعوى	١٠١

١٠٢	مضمون أحكام المحكمة الدستورية في موضوع الدعوى
٢٩٩ الدستورية
١٠٣	(أولا) الأحكام البسيطة "Simples"
١٠٤	(ثانيا) الأحكام الوسيطة "Intermédiaires"
١٠٥	(ثالثا) الأحكام الاندماجية "Intégratives" أو الاستبدالية
٣٠٢ "Substitutives"
٣٠٣	الفصل الثالث: أثر الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية
٣٠٣ المشكلة موضوع البحث
٣٠٤	المبحث الأول: حجية الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية . . .
٣٠٤ الطبيعة العينية للدعوى الدستورية
٣١٠ تنفيذ الحكم بعدم الدستورية
٣١٢ حجية الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية
٣١٥ مدى جواز العدول عن الحجية
٣١٦ الأثر القاعدي للحكم بعدم الدستورية
١١٢	حجية الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى
٣١٧ الدستورية
١١٣	حول الخلاف بين المحكمة الدستورية العليا والهيئة العامة للمواد
	الجنائية بمحكمة النقض بشأن حجية أحكام المحكمة
٣٢٣ الدستورية العليا بعدم القبول
	المبحث الثاني: آثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية من حيث
٣٣٠ الزمان
٣٣٠ المشكلة موضوع البحث
١١٤	(أولا) الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف بعدم صحة النص
٣٣١ التشريعي المطعون عليه
١١٦	(ثانيا) الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ بإلغاء النص
٣٣٦ التشريعي المطعون عليه

١١٧	أثر الحكم بعدم الدستورية طبقا لقانون المحكمة الدستورية العليا
٣٣٨	في مصر
١١٨	حدود الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية
٣٤٢	(أولا) المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم
٣٤٢	(ثانيا) احترام شرعية الجرائم والعقوبات
٣٤٣	(ثالثا) الأمن القانوني
٣٤٥	القرار بقانون رقم ١٦٨ سنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة
٣٥١	٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا
١٢٣	(أولهما) إعطاء رخصة للمحكمة لتحديد تاريخ آخر لعدم جواز
٣٥٢	تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته
٣٥٣	(ثانيهما) ترتيب الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي

الجزء الثاني

٣٥٧	القانون الدستوري الجنائي
٣٥٩	فكرة عامة

باب تمهيدى

الشريعة الدستورية فى قانونى

٣٦١	العقوبات والإجراءات الجنائية
	الفصل الأول: التوازن بين الحقوق والحريات فى القانون
٣٦٢	الجنائى
١٢٦	دور القانون الجنائى فى إحداث التوازن بين الحقوق والحريات،
٣٦٢	والمصلحة العامة
١٢٧	دور الشرعية الدستورية فى إحداث التوازن المطلوب
٣٦٥	١٢٨ اقتضاء حق الدولة فى العقاب
٣٧١	الفصل الثانى: قانون العقوبات والحقوق والحريات
٣٧٤	

١٢٩	نشأته	٣٧٤
١٣٠	التمييز بين الحماية الجنائية للحقوق والحريات وحمايتها الدستوري	٣٧٥
١٣١	الشرعية الدستورية وقانون العقوبات	٣٧٦
١٣٢	التمييز بين الدائرة الدستورية والدائرة التقديرية في قانون	
	العقوبات	٣٧٧
	الفصل الثالث: قانون الإجراءات الجنائية والحقوق والحريات	٣٧٩
١٣٣	المركز القانوني للحقوق والحريات في الإجراءات الجنائية	٣٧٩
١٣٤	نطاق الحقوق والحريات في قانون الإجراءات الجنائية	٣٨٠
١٣٥	تطور حماية الحقوق والحريات في قانون الإجراءات الجنائية المصري	٣٨١
١٣٦	الشرعية الدستورية وقانون الإجراءات الجنائية	٣٨٦

القسم الأول

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات

٣٨٩	في قانون العقوبات
١٣٧	تمهيد

الباب الأول

٣٩١	مبدأ الشرعية الجنائية
١٣٨	تمهيد
	الفصل الأول: الأساس الفلسفي والدستوري للمبدأ
١٣٩	نشأته
١٤٠	فلسفة المبدأ
١٤١	الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ الشرعية الجنائية
١٤٢	الأساس الدستوري لمبدأ الشرعية
	الفصل الثاني: الاختصاص التشريعي في المسائل الجنائية
١٤٣	تمهيد

المبحث الأول: مبدأ انفراد التشريع في مسائل الحقوق والحريات . .	
١٤٤ انفراد التشريع في إطار مبدأ الشرعية	
١٤٥ ماهية مبدأ انفراد التشريع	
١٤٦ نطاق انفراد التشريع	
١٤٧ التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي	
١٤٨ نطاق الانفراد التشريعي وفقاً للدستور المصري	
١٤٩ أحوال قيام السلطة التنفيذية بأعمال لها قوة القانون (التشريع) . .	
المبحث الثاني: نطاق انفراد التشريع في تحديد الجرائم والعقوبات	
١٥٠ دور التشريع في تحديد الجرائم والعقوبات	
١٥١ طبيعة وحدود ودور اللائحة في تحديد الجرائم والعقوبات	
١٥٢ أنواع اللوائح	
المبحث الثالث: نطاق انفراد التشريع في تحديد الإجراءات الجنائية	
١٥٣ مبدأ انفراد التشريع في تحديد الإجراءات الجنائية	
١٥٤ عدم اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم الإجراءات الجنائية . .	
١٥٥ ماهية قواعد الإجراءات الجنائية	
١٥٦ ما لا يصلح مصدراً لتحديد الإجراءات الجنائية	
١٥٧ نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بتحديد الإجراءات الجنائية في	
٤٣٠ حالة الطوارئ	

الباب الثاني

٤٣٥ اليقين القانوني الجنائي	
١٥٨ فكرة عامة	٤٣٥
١٥٩ التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية	٤٣٦
الفصل الأول: الصفات الخاصة في النصوص الجنائية	٤٤٠
١٦٠ تمهيد	٤٤٠
١٦١ (أ) أن تكون النصوص مكتوبة	٤٤٠

٤٤٢ (ب) أن تكون النصوص واضحة محددة	١٦٢
٤٤٥ (ج) تكامل النصوص الجنائية مع القواعد العامة	١٦٣
٤٤٨ الفصل الثاني: التفسير الدقيق للنصوص الجنائية	
٤٤٨ القاعدة	١٦٤
٤٥٠ تفسير المحكمة الدستورية العليا للتشريع	١٦٥
٤٥٢ الشك في تحديد إرادة المشرع	١٦٦
٤٥٣ مدى سلطة القاضي الجنائي في الالتجاء إلى القياس	١٦٧
٤٥٧ الفصل الثالث: نطاق تطبيق قانون العقوبات	
٤٥٧ المبحث الأول: عدم رجعية قانون العقوبات	
٤٥٧ فكرة عامة	١٦٨
٤٥٩ حماية الحقوق والحريات كأساس لمبدأ عدم الرجعية	١٦٩
٤٦١ شروط تطبيق المبدأ على قواعد التجريم والعقاب	١٧٠
٤٦١ (أولاً) أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم	١٧١
٤٦٢ (ثانياً) أن يعمل بالقانون الجديد بأثر رجعي	١٧٢
٤٦٥ المبحث الثاني: رجعية القانون الأصلح للمتهم	
٤٦٥ أساس المبدأ	١٧٣
٤٦٧ معيار القانون الأصلح للمتهم	١٧٤
٤٦٨ تحديد القانون الأصلح للمتهم	١٧٥
٤٦٨ م١٧٥ (أولاً) نصوص التجريم	
 (ثانياً) نصوص العقاب	١٧٦
٤٧٣ النصوص غير الجنائية	١٧٧
 القانون الذي يجمع بين قواعد في صالح المتهم وأخرى في غير	١٧٨
٤٧٩ صالحه	
٤٨٠ التنازع بين القوانين المتتابعة	١٧٩
٤٨١ نطاق تطبيق مبدأ عدم الرجعية على قواعد الإجراءات الجنائية	١٨٠
٤٨٧ القوانين المتعلقة بتنفيذ العقوبات	١٨١

١٨٢	القواعد المتعلقة بتقادم العقوبة	٤٨٨
١٨٣	أثر القانون الأصلح للمتهم	٤٨٨
١٨٤	حالة القانون الصادر قبل الحكم النهائي (البات)	٤٩٠
١٨٥	حالة القانون الصادر بعد الحكم النهائي (البات)	٤٩١
١٨٦	استثناء القوانين المؤقتة	٤٩٢
١٨٧	أثر القانون المؤقت	٤٩٤

الباب الثالث

٤٩٧ التجريم والعقاب في إطار التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة

١٨٨	تمهيد	٤٩٧
	الفصل الأول: التجريم والعقاب في ضوء الضرورة الاجتماعية	
	والتناسب	٤٩٨
١٨٩	التوازن بين التجريم والعقاب وحماية الحقوق والحريات	٤٩٨
١٩٠	الضرورة الاجتماعية والتناسب لتحقيق التوازن المطلوب	٤٩٩
١٩١	الرقابة الدستورية على الضرورة والتناسب	٥٠٢
١٩٢	المفهوم التقليدي للضرورة الاجتماعية والتناسب	٥١٠
١٩٣	المفهوم الوضعي للضرورة والتناسب	٥٣١
١٩٤	مفهوم الضرورة والتناسب في السياسة الجنائية للدفاع الاجتماعي	٥١٥
١٩٥	الضرورة بين التجريم والعقاب ، وتدابير منع الجريمة	٥٢٠
١٩٦	التناسب في إطار مبدأ المساواة أمام القانون	٥٢٢
١٩٧	الدستور كعامل لتوجيه المشرع الجنائي نحو التجريم	٥٢٤
	الفصل الثاني: ضمانات الحقوق والحريات في مواجهة	
	التجريم والعقاب	٥٣٢
١٩٨	فكرة عامة	٥٣٢
	المبحث الأول: الفعل - أو الامتناع - هو مناط التجريم	٥٣٣

١٩٩	الأهمية الدستورية للفعل محل التجريم	٥٣٣
٢٠٠	تطبيقات	٥٣٤
٢٠١	جواز تحديد الفعل المادى من خلال ضابط عام لا يجهل مضمونه	
٥٣٨	أو يثير اللبس حول حقيقته	
٥٤٠	المبحث الثانى: شخصية المسئولية الجنائية	
٥٤١	المطلب الأول: صدور الفعل من المجرم	
٢٠٢	الإسناد المادى للفعل	٥٤١
٢٠٣	السلطة التقديرية للمشرع فى تحديد الأفعال الشخصية المنسوبة	
٥٤٤	إلى المجرم	
٢٠٤	أهمية قيام علاقة السببية على مبدأ شخصية المسئولية	٥٤٥
٢٠٥	عدم دستورية المسئولية عن فعل الغير	٥٤٩
٥٥٦	المطلب الثانى: الإرادة الأئمة	
٢٠٦	ماهيتها	٥٥٦
٢٠٧	أساس حرية الإرادة الأئمة	٥٥٨
٢٠٨	اشتراط الإثم فى الإرادة الحرة لقيام الجريمة	٥٦١
٥٦٦	المبحث الثالث: عدم جواز المساس بجوهر الحقوق والحريات	
٢٠٩	المبدأ	٥٦٦
٢١٠	العقوبات التى لا تتفق مع المبدأ	٥٦٧
٢١١	عقوبات تستمد حدود شرعيتها من الدستور	٥٦٨
٢١٢	عقوبات لا تتفق مع نص صريح فى الدستور	٥٧٠
٢١٣	القيمة الدستورية لأسباب الإباحة	٥٧٠
٥٧٧	المبحث الرابع: شخصية العقوبة وتناسبها	
٢١٤	ارتباط شخصية العقوبة بشخصية المسئولية	٥٧٧
٢١٥	القيمة الدستورية لتفريد العقوبة	٥٧٨
٢١٦	عناصر تفريد العقوبة	٥٨١
٢١٧	مدى دستورية المسئولية الجنائية للشخص المعنوى	٥٨٤

القسم الثاني الضمانات الدستورية للحقوق والحريات

٥٨٩	في قانون الإجراءات الجنائية	٢١٨
٥٩٠	تمهيد	

الباب الأول

٥٩١	الأصل في المتهم البراءة	
٥٩١	الفصل الأول : أساس أصل البراءة وطبيعته	
٥٩١	أصل البراءة حق يحميه القانون	٢١٩
٥٩٢	تاريخه	٢٢٠
٥٩٥	الأساس القانوني لأصل البراءة	٢٢١
٥٩٧	الاعتراضات الموجهة إلى أصل البراءة	٢٢٢
٥٩٧	الرد على الاعتراضات	٢٢٣
٥٩٨	طبيعة أصل البراءة	٢٢٤
	الفصل الثاني: النتائج المترتبة على أصل البراءة فيما يتعلق	
٦٠٥	بالإثبات	
٦٠٥	الدور المركب لأصل البراءة	٢٢٥
٦٠٦	المبحث الأول: أصل البراءة كقاعدة من قواعد الإجراءات الجنائية	
٦٠٦	عدم التزام المتهم بإثبات براءته	٢٢٦
٦٠٧	عبء نفي أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب ...	٢٢٧
٦٠٩	عدم دستورية قرائن الإثبات	٢٢٨
٦١٠	قرائن مخالفة لأصل البراءة	٢٢٩
٦١٧	المبحث الثاني: أصل البراءة كقاعدة من قواعد الحكم	
٦١٧	المطلب الأول: اليقين القضائي أساس الحكم بالإدانة	
٦١٧	ماهيته	٢٣٠
٦١٩	المطلب الثاني: الشك يفسر لمصلحة المتهم	

٢٣١	مدلول المبدأ	٦١٩
-----	------------------------	-----

الباب الثاني

٢٢١	القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات	
٧٢٢	الفصل الأول: الضمان القضائي	
٢٣٢	أهمية الضمان القضائي	٦٢٢
٢٣٣	السلطة القضائية وسيادة القانون	٦٢٣
٢٣٤	القضاء كحارس للحريات	٦٢٥
٢٣٥	السلطة القضائية في المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير العالمية	٦٢٧
٢٣٦	السلطة القضائية في مصر	٦٢٩
٢٣٧	الضمان القضائي في إقامة الدعوى الجنائية	٦٣٠
٢٣٨	ترك الدعوى الجنائية وانقضاؤها بإرادة الخصوم	٦٣٥
٢٣٩	السيادة القضائية وتسليم المجرمين	٦٣٧
٢٤٠	المتطلبات العامة للضمان القضائي	٦٤٠
٦٤٣	الفصل الثاني: استقلال القضاء وحياده	
٦٤٣	المبحث الأول: استقلال القضاء	
٢٤١	المبدأ	٦٤٣
٢٤٢	التكوين المهني للقاضي	٦٤٤
٢٤٣	إسهام الشعب في إقامة العدالة	٦٤٩
٢٤٤	نطاق استقلال النيابة العامة	٦٥٠
٦٥٥	المبحث الثاني: حيادة القضاء	
٦٥٥	المطلب الأول: مبادئ عامة	
٢٤٥	ماهيته	٦٥٥
٦٥٦	حياد النيابة العامة	٦٥٦
٢٤٦	مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي	٦٥٧
٢٤٧	القيمة الدستورية لمبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي	٦٥٩
٦٦١	المطلب الثاني: الفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق الابتدائي	

٢٤٨	مدى حتمية مرحلة التحقيق الابتدائي	٦٦١
٢٤٩	مدى اشتراط أن ينهض قاض بالتحقيق الابتدائي	٦٦٢
	المطلب الثالث: الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفتي الاتهام والتحقيق	
	الابتدائي	٦٧٠
٢٥٠	الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة الاتهام	٦٧٠
٢٥١	الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة التحقيق الابتدائي	٦٧٢
	الفصل الثالث: القضاء الطبيعي	٦٧٥
٢٥٢	تمهيد	٦٧٥
٢٥٣	الشروط الواجب توافرها في القضاء الطبيعي	٦٧٦
٢٥٤	المحاكم ذات الاختصاص الخاص	٦٨١
٢٥٥	المحاكم الاستثنائية (غير العادية)	٦٨٢
٢٥٦	القضاء السياسي	٦٨٤
٢٥٧	النظام الإجرائي لمحاكمة الوزراء	٦٨٨

الباب الثالث

المحاكمة المنصفة

٦٩٣		
٦٩٣	الفصل الأول: معايير الضمانات	
٦٩٣	تمهيد	٢٥٨
٦٩٣	الهدف من المحاكمة المنصفة	٢٥٩
٦٩٨	خصائص الضمانات في المحاكمة المنصفة	٢٦٠
٧٠٢	تحديد الضمانات في المحاكمة المنصفة	٢٦١
٧٠٣	الفصل الثاني: المبادئ الدستورية لضمانات المحاكمة المنصفة	
٧٠٤	المبحث الأول: مبدأ المساواة	
٧٠٤	المساواة أمام القضاء	٢٦٢
٧٠٥	المساواة في الأسلحة (أمام القضاء الجنائي)	٢٦٣
٧٢١	تفريد العقوبة والمساواة أمام القضاء	٢٦٤

٢٦٥	المحاكم الجنائية الخاصة والمساواة أمام القضاء	٧١٤
	المبحث الثاني: مبدأ الحرية الشخصية	٧١٩
٢٦٦	تمهيد	٧١٩
٢٦٧	(أولا) الحق في سلامة الجسم	٧٢٠
٢٦٨	(ثانيا) الحق في حرية التنقل	٧٢٢
٢٦٩	الحق في الحياة الخاصة	٧٣١
٢٧٠	الضمانات الدستورية والقانونية للمساواة بالحق في الحياة الخاصة	٧٣٣
	المبحث الثالث: حقوق الدفاع	٧٣٩
٢٧١	دور القضاء الدستوري	٧٣٩
٢٧٢	(أولا) الإحاطة بالتهمة وأدلتها	٧٤١
٢٧٣	(ثانيا) حق المتهم في إبداء أقواله بحرية	٧٤٣
٢٧٤	(ثالثا) الحق في الاستعانة بمدافع	٧٤٥
٢٧٥	(رابعا) التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام	٧٤٨
٢٧٦	(خامسا) كفالة محام عن المتهم بجناية	٧٤٩
	الفصل الثالث: ضمانات المحاكمة المنصفة في مرحلة	
	«المحاكمة»	٧٥٣
٢٧٧	تمهيد	٧٥٣
	المبحث الأول: الضمانات المتعلقة بسير إجراءات المحاكمة	٧٥٣
٢٧٨	(أولا) علانية إجراءات المحاكمة	٧٥٣
٣٧٩	(ثانيا) سرعة الفصل في الدعوى	٧٥٥
٢٨٠	(ثالثا) لا عقوبة بغير حكم قضائي	٧٦٠
٢٨١	معالجة الدعوى الجنائية بغير قضاء الحكم	٧٦١
٢٨٢	الضمان القضائي في التدابير المانعة	٧٦٣
٢٨٣	الأوامر الجنائية الصادرة من النيابة العامة	٧٦٦
٢٨٤	(رابعا) تسبيب الأحكام	٧٦٩

٢٨٥	(خامساً) عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة
٧٧٠	واحدة
	الفصل الرابع: الرقابة القضائية على احترام ضمانات المحاكمة
٧٧٤	المنصفة
٢٨٦	فكرة عامة
٧٧٦	المبحث الأول: الرقابة على صحة الإجراءات الجنائية
٢٨٧	نطاق الرقابة
٢٨٨	الجزاء الإجرائي كأداة للرقابة القضائية
٢٨٩	أساس البطلان كضمان لفاعلية الحماية الدستورية
٢٩٠	السياسة الإجرائية للبطلان
٧٨١	(أ) في إطار النظرية الأولى
٢٩١	مذهب البطلان المطلق
٧٨٢	(ب) في إطار النظرية الثانية
٢٩٢	مذهب البطلان القانوني
٧٨٣	مذهب البطلان الذاتي
٧٨٤	مذهب «لا بطلان بغير ضرر»
٢٩٣	مذهب القانون المصري
٢٩٤	مذهب القانون الفرنسي
٢٩٥	الإجراء الجوهري
٢٩٦	نوع البطلان
٧٩٦	المبحث الثاني: الرقابة القضائية من خلال الطعن
٢٩٧	تمهيد
٢٩٨	مدى الأهمية الدستورية لقاعدة ازدواج درجة التقاضي
٢٩٩	مدى الأهمية الدستورية للطعن بالنقض

الباب الرابع الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية

٨٠٣	في الظروف الاستثنائية	
٨٠٣	تمهيد	٣٠٠
٨٠٥	الفصل الأول: أساس الظروف الاستثنائية	
٨٠٥	الأساس الفلسفى	٣٠١
٨٠٧	الأساس الدستورى	٣٠٢
٨٠٧	(أ) فى فرنسا	
٨١١	(ب) فى مصر	
	الفصل الثانى: الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية فى	
٨١٣	الظروف الاستثنائية	
٨١٣	ذاتية الشرعية الدستورية فى الظروف الاستثنائية	٣٠٣
٨١٦	نطاق ضمان الأصل فى المتهم البراءة	٣٠٤
٨١٧	نطاق ضمان القضاء هو الحارس الطبيعى فى الإجراءات الجنائية	٣٠٥
٨٢٠	نطاق ضمانات المحاكمة المنصفة	٣٠٦
٨٢٣	للمؤلف	
٨٣١	فهرس أبجدى عام	
٨٤٩	المحتويات	

رقم الإيداع ٩٩/١٦٢١٨
الترقيم الدولى 3 - 0593 - 09 - 977

مطابع الشروق

القاهرة: ٨ شارع سيويه المصرى - ت: ٤٠٢٣٣٩٩ - فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت: ص.ب: ٨٠٦٤ - هاتف: ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٢١٣ - فاكس: ٨١٧٧٦٥ (٠١)

